

**Forbudet mot forføyninger som foregriper kravet,  
tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a**

Kandidatnummer: 203

Leveringsfrist: 2. juni 2009

Til sammen 38195 ord

20.10.2009

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Oppgavens tema og problemstilling</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Kort om forholdet mellom sikringsgrunn bokstav a og b</b>	<b>5</b>
1.2.1	Et eksempel hvor bokstav b ikke er anvendelig	5
1.2.2	Skillet mellom bokstav a og b	6
<b>1.3</b>	<b>Rettskildebildet</b>	<b>7</b>
1.3.1	Lovtekster	7
1.3.2	Forarbeider	9
1.3.3	Litteratur	10
1.3.4	Rettspraksis	12
1.3.5	Svenske rettskilder	14
<b>1.4</b>	<b>Oppgavens metode</b>	<b>15</b>
<b>1.5</b>	<b>Videre fremstilling</b>	<b>17</b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>BEGREPSBRUK</u></b>	<b><u>19</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Krav</b>	<b>19</b>
<b>2.2</b>	<b>Forføyningen</b>	<b>20</b>
<b>2.3</b>	<b>Forføyningssaken og hovedsaken</b>	<b>22</b>
<b>2.4</b>	<b>Foregripelse</b>	<b>22</b>
<b>2.5</b>	<b>Fullbyrdelsen</b>	<b>22</b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>KORT OM NOEN SENTRALE SIDER AV REGLENE OM MIDLERTIDIG FORFØYNING</u></b>	<b><u>26</u></b>

<b>3.1</b>	<b>Formålet med midlertidig forføyning</b>	<b>26</b>
<b>3.2</b>	<b>Krav</b>	<b>27</b>
<b>3.3</b>	<b>Sikringsgrunn</b>	<b>28</b>
<b>3.4</b>	<b>Sannsynliggjøring</b>	<b>28</b>
<b>3.5</b>	<b>Hva forføyningen kan gå ut på</b>	<b>29</b>

#### **4 FORBUDET MOT EN FORFØYNING SOM FOREGRIPER KRAVET – DE LEGE LATA.**

<b>4.1</b>	<b>Oversikt</b>	<b>30</b>
<b>4.2</b>	<b>Rt. 1960 side 765 (1960-kjennelsen)</b>	<b>33</b>
<b>4.3</b>	<b>Rt. 1969 side 1402 (1969-kjennelsen)</b>	<b>34</b>
4.3.1	Kort om kjennelsen	34
4.3.2	Hva er grunnlaget for forbudet mot foregripelse?	36
4.3.2.1	Omhandlet kjennelsen sikringsgrunn alternativ 1 eller 2?	36
4.3.2.2	Er forholdet mellom midlertidig forføyning og dom grunnlaget for forbudet?	38
<b>4.4</b>	<b>Rt. 1973 side 767 (1973-kjennelsen)</b>	<b>40</b>
4.4.1	Kort om kjennelsen	40
4.4.2	Skillet mellom de alternative sikringsgrunnene	41
4.4.3	Mer om uttrykket ”sikre”	44
4.4.4	Kan det legges stor vekt på uttrykket ”sikre”?	45
4.4.5	Var Rt. 1973 side 767 motstridende til Rt. 1969 side 1402?	46
<b>4.5</b>	<b>Rt. 1981 side 910</b>	<b>48</b>
<b>4.6</b>	<b>De første kjennelsenes argumentasjonsverdi</b>	<b>49</b>
<b>4.7</b>	<b>Andre rettskilder og synspunkter</b>	<b>50</b>
4.7.1	Ot.prp. nr. 65 (1990-1991)	50
4.7.2	Formålet som begrunnelse for at formålet ikke kan oppnås	53
4.7.3	Historien om uttrykket ”sikre”	53

4.7.4	Opprettholdelsen av forbudet – Grundig behandlet og godt begrunnet?	54
4.7.5	Rt. 2009 side 154	55
4.7.6	En parallell til behandlingen av utenlandske filialers partsevne i rettspraksis	56
4.7.7	Det tidligere forbudsinstituttet	58
4.7.8	Gjenopprettelse av tidligere tilstand	58
<b>5</b>	<b><u>FORSTÅElsen AV SIKRINGSGRUNN BOKSTAV B</u></b>	<b>59</b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>59</b>
<b>5.2</b>	<b>Rt. 1994 side 291</b>	<b>60</b>
<b>5.3</b>	<b>”Midlertidig ordning”</b>	<b>62</b>
<b>5.4</b>	<b>Er det mer kvalifiserte vilkår for foregripelse i bokstav b?</b>	<b>63</b>
<b>6</b>	<b><u>BOKSTAV A OG B SETT I SAMMENHENG</u></b>	<b>65</b>
<b>6.1</b>	<b>Et felles utgangspunkt</b>	<b>65</b>
<b>6.2</b>	<b>Blandingen av de alternative sikringsgrunnene</b>	<b>66</b>
<b>6.3</b>	<b>Problemene gjemt bak anvendelsen av bokstav b</b>	<b>69</b>
<b>6.4</b>	<b>Forskjellen mellom bokstav a og b</b>	<b>70</b>
<b>7</b>	<b><u>VURDERING AV EN FOREGRIPELSE AV KRAVET</u></b>	<b>71</b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>71</b>
<b>7.2</b>	<b>Begrunnelsen og hensyn bak et forbud mot foregripelse</b>	<b>73</b>
<b>7.3</b>	<b>Hensyn som taler for foregripelse</b>	<b>76</b>
7.3.1	Formålet	76
7.3.1.1	Formålet to sider	78
7.3.2	Twisteloven § 34-1 annet ledd	80
7.3.3	Virkningene av forbudet mot foregripelse av kravet	82

7.3.4	Tvisteloven § 32-9 – muligheten for samtidig domsavsigelse	83
7.3.5	Innvending – alle krav kan ikke sikres	85
7.3.6	Virkningene av at foregripelse kan tillates	85
7.3.7	En parallell til strafferettens varetekstfengsling	87
7.3.8	Umiddelbar fagedforretning	88
<b>8</b>	<b><u>MER OM ULIKE FORMER FOR FOREGRIPELSE</u></b>	<b>89</b>
<b>8.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>89</b>
<b>8.2</b>	<b>Uekte foregripelse</b>	<b>90</b>
<b>8.3</b>	<b>Uekte i sin form, men i realiteten endelig</b>	<b>91</b>
<b>8.4</b>	<b>Ekte foregripelse – helt eller delvis</b>	<b>92</b>
<b>8.5</b>	<b>Skillet mellom ekte og uekte foregripelse</b>	<b>94</b>
<b>9</b>	<b><u>VURDERINGSGRUNNLAGET FOR OM DET FORELIGGER EN FOREGRIPELSE</u></b>	<b>96</b>
9.1.1	Rt. 2003 side 1165	96
9.1.2	Konklusjon	100
<b>10</b>	<b><u>AVSLUTNING OG KONKLUSJON</u></b>	<b>102</b>
<b>10.1</b>	<b>Den låste rettsoppfatningen</b>	<b>102</b>
<b>10.2</b>	<b>Konklusjon</b>	<b>103</b>
<b>10.3</b>	<b>Hvem kan endre rettsforståelsen?</b>	<b>105</b>
<b>10.4</b>	<b>Ikke dramatisk å åpne for foregripelse</b>	<b>105</b>
<b>10.5</b>	<b>Ved en åpning for foregripelse ved bokstav a forsvinner forskjellen til bokstav b</b>	<b>106</b>
<b>10.6</b>	<b>Alternativ ordlyd</b>	<b>107</b>

10.6.1	Forslag til ny bestemmelse	109
--------	----------------------------	-----

---

<b>KILDER OG VEDLEGG</b>	<b>110</b>
--------------------------	------------

<b>Lover</b>	<b>110</b>
--------------	------------

<b>Forarbeider</b>	<b>111</b>
--------------------	------------

<b>Rettspraksis</b>	<b>111</b>
---------------------	------------

<b>Litteratur</b>	<b>113</b>
-------------------	------------

<b>Vedlegg</b>	<b>114</b>
----------------	------------

# 1 Innledning<sup>1</sup>

## 1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Temaet i denne oppgaven er midlertidig forføyning - en midlertidig rettsavgjørelse for å sikre andre krav enn pengekrav, hovedsakelig frem til en dom avgjør tvisten mellom partene. Er det for eksempel tvist om rettigheten til en gjenstand og det er sannsynlig at saksøkte vil unndra gjenstanden fra senere fullbyrdelse, kan saksøker få midlertidig forføyning for at namsmannen kan ta tingen i sin besittelse og således sikre fullbyrdelsen etter avsigelse av dom.

Hvor langt retten kan gå for å sikre kravet til saksøker er et sentralt spørsmål ved reglene om midlertidig forføyning. Kan retten avsi en midlertidig forføyning som foregriper kravet til saksøker, med den mulighet at dommen blir overflødig? Ved spørsmål om foregripelse av kravet er det i rettspraksis foretatt et skille mellom bokstav a og bokstav b i tvl. § 34-1 første ledd, som angir to alternative sikringsgrunner. På grunnlag av praksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg på 1960- og 1970-tallet, er det i gjeldende rett blitt lagt til grunn et forbud mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a i tvl. § 34-1 første ledd. Det gjelder ikke et forbud mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav b. Med ”foregripelse” siktes det her til at saksøker ikke allerede ved en midlertidig forføyning skal oppnå det som søkes oppnådd med dommen.<sup>2</sup> For eksempel ved tvist om eiendomsretten til en gjenstand, kan ikke saksøker få gjenstanden overlevert til seg ved en midlertidig forføyning – med mindre sikringsgrunn bokstav b i tvl. § 34-1 første ledd er anvendelig.

Oppgavens problemstilling er om det kan være riktig at det gjelder et absolutt forbud mot foregripelse av fullbyrdelsen av kravet ved sikringsgrunnen i tvl. § 34-1 første ledd bokstav a. I og med at det i prinsippet er fri adgang til foregripelse ved bokstav b, vil jeg også

---

<sup>1</sup> Oppgaven har blitt lest av én stipendiat ved institutt for offentlig rett, og korrekturlest av en student.

<sup>2</sup> Se punkt 2.4, side 22.

se på forskjellen mellom bokstav a og bokstav b – er det andre forhold ved bokstav b som legitimerer en foregripelse av kravet dersom dette er sikringsgrunn?

Midlertidig forføyning er én del av det tvisteloven betegner som ”midlertidig sikring”, jf. § 32-1 første ledd. Arrest er den andre formen for midlertidig sikring, og gjelder sikring av pengekrav. Begge regelsettene bygger på problemet ved at normal rettergang, i enkelte tilfeller, ikke er tilstrekkelig for å sikre saksøkers rettigheter. Dette på grunn av de forhold som foreligger, eller som sannsynligvis vil oppstå i tiden frem til domsavsigelsen. Enten fordi det medfører at fullbyrdelsen av kravet blir vesentlig vanskeliggjort, eller at saksøker i mellomtiden lider vesentlig skade eller ulempe. En sentral del ved reglene om midlertidig forføyning er at saksøkers krav på noe annet enn penger skal sikres på den måten at saksøker unngår at kravet blir omgjort til et erstatningskrav. Enkelte krav på annet enn penger, som for eksempel beskyttelse av et familienavn, er ikke egnet til å omgjøres til penger. Derfor er det viktig å sikre kravet til saksøker i sin opprinnelige form.

En vesentlig forskjell mellom arrest og midlertidig forføyning er at en arrest alltid vil være tilstrekkelig for å *sikre* pengekravet til saksøker - det er ikke nødvendig å foregripe kravet ved å tildele saksøker pengene. Ved sikring av andre krav enn pengekrav kan en foregripelse av kravet i enkelte tilfeller være *eneste mulighet* for sikring.

Det kan vise seg at en avsagt kjennelse om midlertidig forføyning var feil. Saksøkte kan da ha blitt påført skade eller ulempe på grunn av forføyningen. Balansen mellom saksøker og saksøkte søkes ivaretatt ved proporsjonalitetsvurderingen i tvl. § 34-1 annet ledd. Dersom forføyningen blir for inngripende overfor saksøkte kan den ikke besluttes. Se punkt 7.3.2, side 80.

Midlertidige forføyninger, eller lignende rettsavgjørelser, finnes i mange rettssystemer.<sup>3</sup> I oppgaven vil det bli trukket paralleller til både svensk og dansk rett. Både EF-domstolen og EFTA-domstolen har adgang til å beslutte midlertidige forføyninger, jf. EF-traktaten art. 243 og ODA art. 41. I EMDs Rules of Court art. 39, fremgår det at EMD kan anmode partene om en midlertidig forføyning i saker som er til behandling i EMD.

---

<sup>3</sup> Se Mitsem (1992) side 31 for en kort fremstilling av reglene i Danmark, Sverige, England, Tyskland, Frankrike og U.S.A.



Dersom saksøker kan sannsynliggjøre et krav og en sikringsgrunn, kan retten avsi en kjennelse om midlertidig forføyning, jf. tvl. § 34-2 jf. § 34-1. Tvisteloven § 34-1 første ledd oppstiller to ulike sikringsgrunner i de nevnte bokstav a og b. Bokstav a gjelder for de tilfellene hvor fullbyrdelsen av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort, mens bokstav b omhandler de tilfellene hvor det ellers vil oppstå vesentlig skade eller ulempe.<sup>4</sup>

En sentral del ved reglene om midlertidig forføyning er saksøkers mulighet til å få en kjennelse raskt. Behovet for midlertidig forføyning kommer av tidsaspektet - det er ikke tid til å vente på en dom i saken.

Hovedformålet med en midlertidig forføyning kan sies å være å sikre kravet til saksøker på grunn av at det ellers vil oppstå problemer med fullbyrdelsen, jf. tvl. § 34-1 første ledd sikringsgrunn bokstav a, eller skape en midlertidig ordning for å hindre at saksøker lider annen skade eller ulempe inntil domsavsigelsen, jf. tvl. § 34-1 første ledd sikringsgrunn bokstav b. Se punkt 3.1 side 26.

Tvisteloven § 34-1 er flyttet fra den tidligere tvangsfullbyrdselsesloven § 15-2, som i sitt innhold hovedsakelig var lik § 262 i tvangsfuldbyrdselsesloven av 1915. Lovteksten er i det alt vesentligste uendret i løpet av de 94 årene som har gått siden vedtakelsen. Når lovbestemmelser av stor praktisk betydning blir så gamle, blir de ofte skiftet ut eller revidert, som for eksempel tvistemålsloven og straffeloven. Tvangsfuldbyrdselsesloven av 1915 ble riktignok revidert i 1992, men det ble nesten ikke gjort endringer i bestemmelsen om sikringsgrunn.

Til en viss grad blir oppgaven preget av usikkerheten ved tolkningen av loven, og de sentrale kjennelsene som omhandler forbudet mot foregripelse av kravet, Rt. 1969 side 1402 og Rt. 1973 side 767. Det medfører at selv utgangspunktene for argumentasjonen ikke er helt klare. Kanskje har kjæremålsutvalgene i 1969 og 1973 hatt tilsvarende problemer ved tolkningen av tvangsfuldbyrdselsesloven av 1915, noe som kan ha påvirket deres kjennelser.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Jeg ser her bort fra alternativet om avverging av "voldsomheter" i tvl. § 34-1 bokstav b. Jeg kan ikke se at tillegget har noen betydning. Dersom det oppstår "voldsomheter" kan jeg ikke skjønne annet enn at det vil være til skade for saksøker, eller i det minste en ulempe, slik at første alternativ i bokstav b kommer til anvendelse.

<sup>5</sup> Se punkt 4.3 side 34, og 4.4 side 40.

Men det er generelt ganske mange uklarheter ved tolkning av reglene om midlertidig forføyning, ikke bare ved regelen om sikringsgrunn.<sup>6</sup>

Når det hovedsakelig er rettspraksis som har trukket opp retningslinjene for reglene om midlertidig forføyning,<sup>7</sup> kan det stilles spørsmål ved, som Westberg gjør i svensk rett,<sup>8</sup> hvorfor lovgiver ikke har gjort mer ut av reglene istedenfor å overlate det til parter og domstolene. Lovgiver har latt det være en betydelig uklarhet ved hva som er riktig anvendelse av reglene om midlertidig forføyning.<sup>9</sup> Det hjelper ikke at domstolene er ansvarlige for rettsanvendelsen,<sup>10</sup> dersom det er uklart hva de skal eller kan forholde seg til ved vurderingen av vilkårene for midlertidig forføyning.

Opgaven kan være av betydning på to måter. For det første er sikringsgrunn bokstav a og b i tvl. § 34-1 første ledd alternative vilkår. Det er antatt av blant annet Falkanger m.fl. (2008), at dersom anvendelsen av bokstav a er forhindre på grunn av foregripelse av kravet, vil ofte bokstav b være anvendelig – og der er det ingen hindring for foregripelse av kravet.<sup>11</sup> Jeg er av den oppfatning at det ikke alltid er riktig at vilkårene i bokstav b gjerne vil være oppfylt. Sikringsgrunn bokstav a og bokstav b tar sikte på ulike situasjoner, og det finnes tilfeller hvor *bare bokstav a er anvendelig*. I slike situasjoner er det et problem dersom en foregripelse av kravet er eneste mulighet for en sikring. Da vil forbudet mot foregripelse avskjære saksøkers mulighet for sikring av kravet. Fremstillingen vil vise at dette forbudet ikke kan opprettholdes. For det andre vil en endring i rettsoppfatningen gjøre reglene enklere å anvende ved at innviklede og, etter min mening, konstruerte resonnementer på tvers av bokstav a og b ikke lenger er nødvendig, se punkt 6.2 side 66.

---

<sup>6</sup> Se for eksempel Backer (2004) side 41, hvor Backer i forbindelse med tvfl. § 3-5 ( tvl. §32-11) og saksøkers erstatningsplikt overfor saksøkte, peker på problemet med hvordan erstatningsplikten skal løses, og eventuelt fastsettes, dersom saksøker får *delvis* medhold i kravet sitt.

<sup>7</sup> Jf. Flock (1986) side 568.

<sup>8</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 30.

<sup>9</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 31.

<sup>10</sup> Jf. tvl. § 11-3

<sup>11</sup> Se Falkanger m.fl. (2008) side 1155.

Oppgaven er hovedsakelig en de lege lata fremstilling av regelen om sikringsgrunn for midlertidig forføyning. Enkelte de lege ferenda synspunkter fremkommer i kapittel 7, og kunne i seg selv vært tilstrekkelig til å argumentere for en endret rettsoppfatning.

Fremstillingen er en meget teknisk gjennomgang, særlig av lovtekst og rettspraksis. Dette kan gjøre det tungt og vanskelig å følge fremstillingen. Derfor gjengir jeg tvl. § 34-1 i sin helhet, og de tidligere versjonene av bestemmelsen om sikringsgrunn, i punkt 1.3.1 side 7. Jeg vil også innta store deler av de mest sentrale kjennelsene underveis, se side 35 og side 40.

## 1.2 Kort om forholdet mellom sikringsgrunn bokstav a og b

### 1.2.1 Et eksempel hvor bokstav b ikke er anvendelig

Et eksempel kan illustrere problematikken ved forbudet mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a.<sup>12</sup> Saksøker har en eiendom med en privat vei. Veien ligger i andre enden av eiendommen i forhold til der saksøker hovedsakelig oppholder seg. Eiendommen er på flere hundre mål, og med en del vegetasjon. En festivalarrangør som skal ha en festival på naboeiendommen benytter seg uberettiget av veien til saksøker for å komme til festivalområdet. Veien blir ikke nevneverdig skadet ved bruken. Problemet til saksøker er, som for alle andre naboer til festivaler, at det blir mye støy.<sup>13</sup> I dette tilfellet ønsker ikke saksøker å bidra til at festivalen blir arrangert – han vil ikke la festivalarrangøren benytte seg av hans private vei i de tre ukene festivalen arrangeres. Kan saksøker her få en midlertidig forføyning for å stanse den urettmessige bruken av veien?

Kravet er at festivalarrangøren ikke kan bruke veien, og både påstanden i hovedsaken og forføyningen kan gå ut på det samme – festivalarrangøren forbys å bruke veien. Forføyningen vil foregripe fullbyrdelsen av kravet. Etter gjeldende rett må da sikringsgrunn bokstav b anvendes, for å avverge ”vesentlig skade eller ulempe” for saksøker. Men ettersom

---

<sup>12</sup> Eksemplet er basert på Falkangers eksempel på en instituttlunsj hvor jeg holdt foredrag om min oppgave.

<sup>13</sup> Jeg legger til grunn at arrangørene uansett klarer å arrangere festivalen selv om de ikke får bruke veien til saksøker. Videre er jeg av den oppfatning at det er tvilsomt om slik avledet skade eller ulempe kan avverges ved midlertidig forføyning på bakgrunn av saksøkers krav om at saksøkte ikke benytter seg av en vei.

ikke veien skades eller selve bruken er til sjenanse for saksøker, er jeg av den oppfatning at vilkåret i bokstav b ikke er oppfylt.

Er det rimelig at saksøker bare må se på at festivalarrangøren tar seg til rette? Ut fra ordlyden er sikringsgrunn bokstav a anvendelig. Det blir vesentlig vanskeliggjort å fullbyrde kravet ved dom, om for eksempel seks måneder, når den urettmessige bruken av veien bare varte i tre uker.

Saksøker blir her omtrent rettsløs når ikke saksøker kan få en midlertidig forføyning for å sikre kravet sitt mot at festivalarrangøren tar seg til rette. Muligens vil saksøker ha krav på en rimelig leie for bruken, men det er ikke saksøker interessert i. Saksøker ønsker ikke at kravet skal bli omgjort til et pengekrav. Se om virkningene av forbudet mot foregripelse i punkt 7.3.3, side 82.

### 1.2.2 Skillet mellom bokstav a og b

Jeg tenker at det må være en grunn til at lovgiver stilte opp to alternative sikringsgrunner, istedenfor én – det må være en eller annen forskjell mellom bokstav a og b. Jeg tror likevel forskjellen er liten, og uten praktisk betydning annet enn for forståelsen. Etter min oppfatning kan det trekkes opp et skille mellom bokstav a og bokstav b. Sett at bokstav a tar sikte på problemer *ved fullbyrdelsen* av kravet, kan bokstav b ta sikte på annen skade eller ulempe *i tiden frem til fullbyrdelsen*. Slik jeg ser det beskytter alternativene saksøker mot problemer i *ulike tidsrom*. Bokstav a omhandler de tilfellene hvor saksøkte for eksempel kommer til å rive den bygningen saksøker mener å ha krav på. Bokstav b omhandler de tilfellene hvor saksøker påføres skade eller ulempe i mellomtiden, for eksempel dersom en atkomstvei sperres. Det vil ikke være noe problem å fjerne bommen ved domsavsigelsen. Problemet er at saksøker i mellomtiden vil kunne lide unødvendig mye.

Begge alternativene kan også være oppfylt samtidig fordi saksøker kan oppleve både skade før domsavsigelsen og problemer med fullbyrdelsen. Da er selvfølgelig skillet i adgangen til foregripelse ved bokstav a og b ikke lenger av betydning. Det kan være tilfelle ved et ugyldig valgt styre i et selskap, hvor deres drift av selskapet inntil gjennomføringen av nytt valg påfører selskapet skade, jf. bokstav b. Dersom skaden selskapet blir påført er så stor at det er fare for konkurs, kan fullbyrdelse av kravet på innsettelse av nytt styre også bli vesentlig vanskeliggjort, jf. bokstav a.

### 1.3 Rettskildebildet

#### 1.3.1 Lovtekster

Reglene om midlertidig forføyning er som nevnt i det alt vesentligste slik de ble innført med lov om tvangsfullbyrdelse av 13. august 1915 nr. 7, § 262. I lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86, § 15-2, var det ikke meningen å foreta realitetsendringer i forhold til den tidligere lovens § 262.<sup>14</sup> Tvisteloven § 34-1 er kun flyttet fra tvangsfullbyrdesloven § 15-2.

Selv om lovgiver ikke har ment å foreta realitetsendringer, er ikke tvistelovens § 34-1 identisk med tvangsfullbyrdeslovens § 262. I og med at det er mindre endringer kan det være vanskelig å følge med i fremstillingen dersom en ikke selv har sett bestemmelsene. Jeg vil derfor presentere bestemmelsene, og samtidig peke på de endringer som er gjort.

Lov om tvangsfullbyrdelse av 13. august 1915 nr. 7 erstattet forbudsinstituttet i Kong Christian den Femtis Norske Lov.<sup>15</sup> Civilproceslovkommissionens (1908) utkast til lov om tvangsfullbyrdelse, var trolig nærmest en ren avskrift av østerriksk rett.<sup>16</sup> Deretter ble det foretatt en del mindre endringer før følgende lovtekst av tvangsfullbyrdesloven § 262 ble vedtatt:<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 292.

<sup>15</sup> Se Mitsem (1992) side 29. Skeie (1940) side 404 angir at alternativ 1. svarer til rettspraksis fra forbudsregelen i NL, og at alternativ 2 er ny. Se mer om forbudsinstituttet i norsk rett i punkt 4.7.7 side 58.

<sup>16</sup> Jf. Ot.prp. nr. 1 (1927) side 4, hvor det står at tvfl. § 262 er avfattet etter mønster fra den østerrikske tvangsfullbyrdeslov § 381, og var i det første utkastet praktisk talt enslydende med denne.

<sup>17</sup> Jf. Ot.prp. nr. 10 (1913) side 169 og 170

Andre midlertidige forføyninger end arrest kan efter begjæring av en part foretages for at sikre tvangsfuldbyrdelsen av krav, som gaar ut paa andet end penger, selv om ikke noget tvangsgrundlag foreligger:

1. naar motpartens adfærd gir grund til at frygte for, at fuldbyrdelsen ellers vil bli forspilt eller i væsentlig grad vanskeliggjort, særlig ved en forandring i den bestaaende tilstand;
2. naar det findes nødvendig at faa en midlertidig ordning i et omtvistet retsforhold for at avverge en væsentlig skade eller ulempe eller hindre voldsomheter, som motpartens adfærd gir grund til at frygte for.

Bestemmelsen ble imidlertid endret før den trådte i kraft i 1927, og tvfl. § 262 ble da slik:<sup>18</sup>

Andre midlertidige forføyninger enn arrest kan efter begjæring av en part foretas for å sikre et krav som går ut på annet enn penger, selv om ikke noget tvangsgrunnlag foreligger:

1. når motpartens adferd gir grunn til å frykte for at kravets forfølgning eller gjennomførelse ellers vil bli forspilt eller i vesentlig grad vanskeliggjort, særlig ved en forandring i den bestående tilstand;
2. når det finnes nødvendig å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe eller hindre voldsomheter som motpartens adferd gir grunn til å frykte for.

Ordlyden ”fullbyrdelsen” i alternativ 1 ble endret til ”kravets forfølgning eller gjennomførelse”.

Bestemmelsen ble stående slik frem til den nye tvangsfullbyrdsesloven kom i 1992, dens § 15-2 lød:

Midlertidig forføyning kan besluttes:

a) når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller

b) når det finnes nødvendig å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for.

Midlertidig forføyning kan ikke besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøker har i at forføyning blir besluttet.

Sikringsgrunn alternativ 1 og 2 ble endret til bokstav a og b. Det ble ikke foretatt endringer som gjør det av betydning om en viser til de tidligere alternativene eller nåværende bokstavene. I det følgende vil jeg vise til det som er mest naturlig ut i fra sammenhengen. Innledningen i tvfl. § 262 er fjernet i § 15-2, og til dels inkorporert i bokstav a. Ordlyden ”forspilt” i alternativ 1 er fjernet i bokstav a, og det samme gjelder tillegget om ”særlig ved

---

<sup>18</sup> Jf. lov av 13. august 1915 nr. 7, og Ot.prp. nr. 1 (1927) side 4 og 5.

en forandring i den bestående tilstand”. Vedrørende bokstav b er vilkåret om ”saksøktes adferd” reservert kun for alternativet ”voldsomheter”, og ikke ”skade eller ulempe”. Av stor betydning er innføringen av en proporsjonalitetsvurdering i § 15-2 annet ledd, selv om det i forarbeidene sies at det er en kodifisering av høyesterettspraksis.<sup>19</sup>

Med tvisteloven ble bestemmelsen flyttet til tvl. § 34-1:

(1) Midlertidig forføyning kan besluttes:

a) når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller

b) når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for.

(2) Midlertidig forføyning kan ikke besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet.

Bestemmelsen skal ”tilsvare” tvfl. § 15-2, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 491. Imidlertid ble ordlyden i bokstav b endret fra ”nødvendig å få en midlertidig ordning” til ”nødvendig *for* å få en midlertidig ordning”.<sup>20</sup>

### 1.3.2 Forarbeider

Det foreligger forarbeider til tvangsfuldbyrdsesloven av 1915, tvangsfullbyrdsesloven av 1992 og tvisteloven av 2005.

I og med at de sentrale bestemmelsene kun ble flyttet fra tvangsfullbyrdsesloven til tvisteloven, nøyde lovgiver seg med å si at paragraf § 34-1 tilsvarer tvangsfullbyrdsesloven § 15-2, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 491. Således er det bare forarbeidene til tvangsfullbyrdsesloven av henholdsvis 1915 og 1992 som kan gi veiledning.

Det mest sentrale forarbeidet til loven av 1992 er Ot.prp. nr. 65 (1990-1991). Proposisjonen bygger på to tidligere utredninger og ett høringsutkast.<sup>21</sup> Én utredning med

---

<sup>19</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 293. Bestemmelsen er også identisk med den danske retsplejeloven § 643 annet ledd. Se note 163 side 80.

<sup>20</sup> En kuriositet uten betydning, og derfor ikke verdt å nevne?

lovutkast av Bahr m.fl. i 1954, én utredning med lovutkast av Falkanger i 1979, og deretter utkastet til Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) som er innarbeidet i proposisjonen.<sup>22</sup> Falkangers utkast til proposisjon i 1979 er av interesse i forhold til oppgavens tema, og jeg vil derfor komme tilbake til utkastet senere i punkt 4.7.1, side 50, og punkt 4.7.3, side 53.

Det mest sentrale forarbeidet til tvangsfuldbyrdelsesloven av 1915 er Civilproceslovkommissionens utkast til lov om tvangsfuldbyrdelse fra 1908. Her finnes det omtrent en halv side om bakgrunnen for bestemmelsene om midlertidig forføyning, og tilsvarende om § 262. Deretter følger Ot.prp. nr.16 (1911), Indst. O. XV (1912) og Ot.prp. nr. 10 (1913). Her er det dog kun foretatt ”justeringer” av ordlyden eventuelt med korte begrunnelser. Før loven trådte i kraft ble den endret ved Ot.prp. nr. 1 (1927), på grunn av en endring Justiskomiteén hadde foretatt i Indst. O. XV (1912). Jeg kommer tilbake til den i punkt 2.5, side 22.

### 1.3.3 Litteratur

Bearbeidelsen i teorien har nærmest uteblitt, og Flocks (1986) bemerkning om Altens (1950) behandling av reglene om midlertidig forføyning i Altens kommentarutgave til tvangsfuldbyrdelsesloven er etter min mening illustrerende:<sup>23</sup>

”Det kan se ut som om Altens penn var i ferd med å gå tørr da han behandlet disse siste bestemmelsene i tvangsfullbyrdelsesloven i sin kommentarutgave.”

Etter Flock skrev dette, har Mitsem (1992) skrevet om *Midlertidig forføyning i norsk rett*, og Falkanger m.fl.<sup>24</sup> har skrevet *Tvangsfullbyrdelsesloven Kommentarutgave* hvor reglene om midlertidig forføyning er behandlet. Disse fremstillingene har nok veid opp for det største

---

<sup>21</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 14 og 15.

<sup>22</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 17.

<sup>23</sup> Flock (1986) Lov og Rett side 567

<sup>24</sup> Det nevnes for ordens skyld at det er Hans Flock som har skrevet blant annet kapittelet om midlertidig forføyning, jf. innledningen i Falkanger m.fl.



savnet av behandling av reglene om midlertidig forføyning. Men Falkanger m.fl. (2008) kommenterer også behandlingen i litteraturen, det kommenteres at til:<sup>25</sup>

”tross for den store praktisk betydning som reglene om midlertidig forføyning etter hver har fått, har de vært beskjedent behandlet i juridisk litteratur.”

Falkanger m.fl. (2008) har en fyldig fremstilling av reglene om midlertidig forføyning. Mye av det samme finnes også i Schei m.fl. (2007). En mer systematisk behandling av reglene om midlertidig forføyning har Mitsem (1992) foretatt. Ellers finner man en fremstilling av reglene for praktikere i Moe (1999), *Praktisk tvangsfullbyrdelse* og Bunæs m.fl. (2006), *Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning*. Flocks artikkel fra Lov og Rett, 1986 side 567, om *Midlertidige forføyninger ved annet enn pengekrav*, gir et innblikk i rettstilstanden på daværende tidspunkt.

Vedrørende forbudet mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, jf. tvl. § 34-1 frøste ledd, er det strengt tatt kun Mitsem (1992) som behandler og problematiserer forbudet. Mitsem har foretatt en gjennomgang av de tilgjengelige rettskildefaktorene, og stilt spørsmål og påpekt svakheter ved forbudet mot foregripelse av kravet. Mitsem var av den oppfatning at det ikke kunne gjelde et forbud mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, men mente samtidig at det ikke var dannet en rettsregel om forbudet ennå. Håpet var vel derfor at Høyesterett skulle ta til fornuft.<sup>26</sup> Det blir da naturlig å vise en del til Mitsem i den videre fremstillingen.

Ettersom Mitsems arbeid stammer fra 1992 kan det nå stilles spørsmål ved i hvilken grad hans synspunkter har fått gjennomslag i rettstilstanden. Det kan med en gang røpes, vedrørende forbudet mot foregripelse av kravet, at Mitsems kritikk dessverre ikke har fått gjennomslag, og har heller ikke blitt imøtegått. I Falkanger m.fl. blir Mitsems kritiske syn på forbudet mot foregripelse av kravet aldri nevnt. Senere høyesterettspraksis har vist at Mitsems håp ble forgjeves.

---

<sup>25</sup> Se Falkanger m.fl. (2008) side 1151.

<sup>26</sup> Se Mitsem (1992) side 166 if.

Det samme avsnittet om forbudet mot foregripelse av kravet, har stått omtrent identisk i alle utgavene av Falkanger m.fl.<sup>27</sup> Problemstillingen om det er adgang til en foregripelse av kravet reises, og deretter konkluderes det med at det er forbudt.<sup>28</sup>

Etter min mening har Mitsen gjort et grundig forarbeid som det ikke kan ses bort fra. I hvilken grad jeg er enig eller uenig i hans synspunkter vil fremgå der jeg viser til Mitsen (1992).

#### 1.3.4 Rettspraksis

Anvendelsesområdet for midlertidig forføyning er meget vidt, ettersom det gjelder sikring av alle typer rettskrav.<sup>29</sup> Det har medført at det foreligger mye rettspraksis på området. Dette er mest underrettspraksis ettersom rettens avgjørelse avsies ved kjennelse, jf. tvl. § 32-7 første ledd, første setning, og ankeadgangen til Høyesterett da er begrenset, jf. tvl § 30-6. Flock (1986) karakteriserte rettspraksis slik:<sup>30</sup>

”det er i det vesentligste rettspraksis som har trukket opp de nærmere retningslinjer innenfor de rammer som tvangsfullbyrdsloven gir.”

Utsagnet stemmer i forhold til forbudet mot foregripelse av kravet ettersom det ble skapt av kjæremålsutvalget i Rt. 1969 side 1402 og Rt. 1973 side 767. Se punkt 4.1, side 30, punkt 4.3, side 34 og punkt 4.4 side 40.

De sentrale avgjørelsene om forbudet mot foregripelse av kravet kom på 1960-, 1970- og 1980-tallet.<sup>31</sup> Det er disse første kjennelsene som for meg er interessante i forbindelse med forbudet ved bokstav a, samt én senere kjennelse.<sup>32</sup> En del øvrig rettspraksis gjør ikke

---

<sup>27</sup> Se Falkanger m.fl. 1992, 1995, 2002 og 2008.

<sup>28</sup> Se Falkanger m.fl. (2008) side 1154.

<sup>29</sup> Se om krav og rettskrav i punkt 3.2 side 27.

<sup>30</sup> Jf. Flock (1986) side 568.

<sup>31</sup> Jf. Rt. 1969 side 1402, Rt. 1973 side 767 og Rt. 1981 side 910. Avgjørelsene er fortsatt relevante rettskilder til tross for lovendringene, se Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 292.

<sup>32</sup> Se HR-1997-528-k, særlig punkt 7.3.1 side 76.

annet enn å praktisere forbudet og har derfor ikke større interesse i denne sammenheng. Men det må legges til grunn at kjæremålsutvalget har forholdt seg strengt til sine tidligere avgjørelser. Grunnen til at de kjennelsene som kun anvender rettsregelen ikke er så interessante i denne sammenheng, er at grunnlaget for forbudet, etter min mening, er tvilsomt og at dette ikke kan repareres gjennom en ren anvendelse av rettsregelen – rettsregelen blir ikke bedre begrunnet av den grunn.<sup>33</sup> Selv om gjeldende rett kan sies å være sementert er det nødvendigvis ikke slik at det er riktig rett.<sup>34</sup>

De nevnte avgjørelsene har vist seg å bli sterke prejudikater. Selv om avgjørelsene er knyttet opp mot et konkret faktum, omhandler de lovforståelsen av bestemmelsen om sikringsgrunn, og er således av generell betydning.

Lovhjemmelen forbudet mot foregripelse knyttes til er tvl. § 34-1, tidligere tvfl. § 15-2 og § 262. De rettsavgjørelser som på en eller annen måte har nevnt disse bestemmelsene, er i det alt vesentligste kjennelser avsagt av tidligere kjæremålsutvalg, nå ankeutvalg, og av tre dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd første punktum. Unntaksvis kan saken avgjøres i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd, andre setning, eller i storkammer eller plenum, jf. domstolloven § 5 fjerde ledd. Dette har dog aldri vært tilfelle ved spørsmål om foregripelse av kravet, enten sikringsgrunnen er bokstav a eller bokstav b.<sup>35</sup> Rettspraksis knyttet til forbudet mot foregripelse av kravet er *utelukkende avgjørelser fra kjæremålsutvalget*, avsagt etter *skriftlig behandling*, jf. tvl. § 30-9 første ledd.<sup>36</sup> Det er ingen tvil om at en plenumsavgjørelse normalt vil ha større betydning enn en avgjørelse av kjæremålsutvalget. Dermed er det ikke sagt at tre høyesterettsdommere ikke kan foreta en like grundig behandling. Det kan hevdes at den rettskildemessige vekten av en rettsavgjørelse ikke er avhengig av Høyesteretts sammensetning, men av rettens begrunnelse. Etter min mening er det likevel grunn til å peke på at det på et så praktisk område som midlertidig

---

<sup>33</sup> Et *resonnement* i samme retning, dog i en annen sammenheng, har førstvoterende Skoghøy, med enstemmig tilslutning fra de øvrige dommerne, gitt uttrykk for i Rt. 2008 side 1730 i premiss 39. Se punkt 4.7.4, side 54.

<sup>34</sup> Se Robberstad (2000) side 504 om ”gjeldende rett” og ”den riktige retten”.

<sup>35</sup> Jf. søk på avgjørelser som viser til de nevnte bestemmelsene på lovdata. Det er kun 8 avgjørelser i avdeling om tvfl. § 262, 6 om tvfl. § 15-2, ingen om tvl. § 34-1.

<sup>36</sup> Jf. søk på lovdata på den aktuelle bestemmelsen og emneord ”muntlig” for alle instanser i Høyesterett.

forføyning, kan være uheldig at sentrale spørsmål *kun* har blitt behandlet av kjæremålsutvalg. Skoghøy (1996) peker på at Høyesterett selv skiller mellom prejudikatsverdien av avgjørelser av Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg. Skoghøy sier det slik:<sup>37</sup>

”Både Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg føler seg i liten grad bundet av tidligere avgjørelser av Kjæremålsutvalget.”

Det er mulig Skoghøy har rett i det, men vedrørende foregripelse av kravet ser det ut til at kjæremålsutvalget føler seg bundet av avgjørelser av tidligere kjæremålsutvalg. Samtidig kan nok ikke utvalgene klandres for ikke å ha forelagt spørsmålet om foregripelse av kravet til Høyesterett i avdeling nå i senere tid – forbudet har blitt ansett som uomtvistet gjeldende rett. Men sett i ettertid, kan det pekes på at det i sin tid muligens hadde vært bra om spørsmålet om foregripelse av kravet hadde blitt behandlet i avdeling. Utsagnet til Skoghøy (1996) indikerer noe om den rettskildemessige vekten av avgjørelser fra kjæremålsutvalget generelt.

### 1.3.5 Svenske rettskilder

Hjemmelen for midlertidig forføyning i svensk rett finner man i rättegångsbalken 1942:740 kapittel 15, 3 §:

**3 §** Om någon visar sannolika skäl för att han mot någon annan har ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning, och det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde, får domstol förordna om lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt.

En åtgärd enligt första stycket får innebära förbud vid vite att utöva viss verksamhet eller företa viss handling eller annat föreläggande vid vite att beakta sökandens anspråk eller förordnande av syssloman eller meddelande av en föreskrift som är ägnad att på annat sätt förebygga intrång i sökandens rätt.

Første ledd omhandler sikringsgrunnen og kan sammenlignes med tvl. § 34-1. Annet ledd omhandler utformingen av forføyningen, tilsvarende tvl. § 34-3.

---

<sup>37</sup> Jf. Skoghøy (1996) side 210.

Professor Peter Westberg har skrevet en samling av med fire bøker om *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål* (2004). Westberg behandler blant annet hovedregelen om forbud mot foregripelse av kravet, og unntakene. Mye av grunnlaget for mitt kritiske syn på det absolutte forbudet mot foregripelse av kravet som gjelder ved bokstav a, har jeg hentet fra svensk rett og Westberg. Bortsett fra en litt annerledes utforming av lovhjemmelen, er reglene om sikringsgrunn for midlertidig forføyning i svensk rett i stor grad lik norsk rett – derfor kan det være av betydning å se hen til hvordan spørsmålet om foregripelse av kravet er løst i Sverige.

#### 1.4 Oppgavens metode

Arbeidet med oppgaven startet som en gjennomgang av reglene om midlertidig forføyning de lege lata. Forskjellen mellom sikringsgrunn bokstav a og bokstav b, jf. foregripelse av kravet, var omtrent det første jeg lærte. Jeg godtok også skillet, selv etter å ha lest Mitsems (1992) kritikk av skillet. Jeg var noe reservert av respekt for en entydig og langvarig rettsoppfatning. Det var først etter en stund jeg kom tilbake til skillet. Utgangspunktet var, at dersom det skal være en slik vesentlig forskjell mellom bokstav a og bokstav b, så må det gjenspeiles i ordlyden.

En etter min mening varierende begrepsbruk, gjorde til tider reglene litt vanskelig tilgjengelig. Se om begrepsbruken i kapittel 3, side 26. Utenfor temaet for oppgaven skapte for eksempel ordlyden ”nødvendig” mye hodebry. Min forståelse av ”nødvendig” er nevnt i punkt 10.6, side 107.

En grunnleggende tanke for oppgaven var om det ikke fantes tilfeller hvor en foregripelse av kravet var eneste mulighet for en sikring av det: Enten sikres kravet nå med en foregripelse av det, eller så blir det aldri noe av. Selv fant jeg ingen eksempler.<sup>38</sup> Det var

---

<sup>38</sup> Jeg tenkte først på sikring av bevis som var nødvendige får å få medhold for sitt krav, men bevissikring er regulert i tvisteloven kapittel 28. En midlertidig forføyning kan ikke brukes til å hindre rettergangsskritt av en domstol, jf. Falkanger m.fl. (2008) side 1015. I hvilken grad midlertidig forføyning kan benyttes til å supplere de generelle prosessuelle reglene i tvisteloven har jeg ikke sett behandlet i norsk litteratur. Men jeg antar at en midlertidig forføyning ikke kan anvendes til et slikt formål, slik det også er i svensk rett, se Westberg (2004) bok 1, side 93.

Westberg (2004) som ga meg de første eksemplene på tilfeller hvor foregripelse av kravet må tillates fordi det er eneste mulighet for sikring.

Jeg hadde observert at forbudet mot foregripelse var opprettholdt i praksis også etter Mitsems (1992) kritikk av det. Er det slik at forbudet i dag uansett må godtas som gjeldende rett, eller er det gode grunner til å revurdere forbudet mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a?

Mitsem har i stor grad hevdet at Rt. 1969 side 1402 omhandlet bokstav b, noe jeg lenge baserte oppgaven på. Det var en tung erkjennelse da jeg skjønnte at det ikke var helt treffende.<sup>39</sup> Det var også litt problematisk å innse at kjæremålsutvalget i Rt. 2003 side 1165 ikke helt hadde truffet ved sin angivelse av kravet. Se henholdsvis punkt 4.3, side 34, og 9.1.1, side 96.

Formålet med sikringsgrunn bokstav a har vist seg å være sentralt for min argumentasjon. Hva som er formålet er ikke lett tilgjengelig, ettersom det ikke er mye omtalt. Det var således på et relativt sent stadium i prosessen at jeg oppdaget at formålet ikke var å sikre kravet eller få en midlertidig ordning, men å unngå problemer med fullbyrdelsen eller unngå skade eller ulempe. Enda senere oppdaget jeg at heller ikke dette var helt presist, fordi formålet kan sies å være begge deler.

Jeg har gjennomgått gjeldende rett, og til å begynne med hadde jeg et de lege ferenda perspektiv på forbudet mot foregripelse av kravet, det burde åpnes for unntak fra hovedregelen om forbud mot foregripelse.<sup>40</sup> Etter hvert innså jeg at det også fantes gode argumenter, de lege lata, for en adgang til foregripelse ved bokstav a. Det vil si at gjeldende rettsoppfatning etter min mening kanskje ikke er riktig.

Det er en tung vei å gå dersom man mener å argumenter for en annen, og bedre, løsning enn langvarig rettspraksis. Likevel har jeg forsøkt dette her, ettersom rådende rettsoppfatning virker unødvendig låst.

---

<sup>39</sup> Ettersom forbudet ved bokstav a i stor grad bygger på 1969-kjennelsen, hadde det vært oppsiktsvekkende om det viste seg at kjennelsen faktisk omhandlet bokstav b.

<sup>40</sup> Se om dette perspektivet i punkt 4.7.5 side 55, om Rt. 2009 side 154.

## 1.5 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg først presentere begrepsbruken i oppgaven, se side 19. Deretter vil jeg kort omtale noen sentrale sider av reglene om midlertidig forføyning, som ligger til grunn for den videre fremstillingen, i kapittel 3, side 26. Fra og med kapittel 4 vil temaene som blir behandlet være knyttet nærmere opp mot oppgavens problemstilling.

Forbudet mot foregripelse av kravet gjelder ved sikringsgrunn bokstav a, i kapittel 4 behandler jeg de sentrale høyesterettskjennelsene som danner grunnlaget for dette forbudet. Forbudet har sitt grunnlag på 1960-, 1970, og 1980-tallet. Disse kildene behandles i punkt 4.1 til 4.6, side 30-49. Etterfølgende rettskilder behandles i punkt. 4.7, side 50, i tillegg til i innledningen i punkt. 4.1.

Det er kjennelsen fra 1970-tallet som også tilsier at det er uproblematisk med foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav b, og bokstav b vil hovedsakelig bli behandlet i kapittel 5, side 59. Omtalen av bokstav b er på mange måter et supplement til argumentasjonen for endret rettsoppfatning ved bokstav a. Gjeldende rettsoppfatning ved bokstav b kan tilsi at rettsoppfatningen enten ved bokstav a eller bokstav b bør revurderes.

Vedrørende foregripelse av kravet må bokstav a og b i stor grad ses i sammenheng for å kunne forstå hva som er riktig forståelse av begge alternativer. Jeg har valgt å behandle bokstav a først for på den måten å ha et utgangspunkt og sammenligningsgrunnlag, når jeg senere behandler bokstav b. Alternativt kunne jeg ha sett på forholdet mellom bokstav a og bokstav b løpende, men jeg mener det er viktig å ha et inntrykk av hele rettskildesituasjonen før det er hensiktsmessig å sammenligne deler av vilkårene i bokstav a og b. Bokstav a og b sees i sammenheng i kapittel 6, side 65.

Hensyn for og mot en adgang til foregripelse av kravet behandles i kapittel 7, side 71. Argumentene jeg presenterer der er i all hovedsak basert på egne vurderinger ettersom hensynene bak forbudet mot foregripelse ved bokstav a, og adgangen til foregripelse ved bokstav b ikke er behandlet i særlig grad i norske rettskilder.

I kapittel 8, side 89, kategoriserer jeg ulike former for foregripelse av kravet. Begrepene uekte og ekte foregripelse er hentet fra Westberg (2004) i svensk juridisk litteratur, og hovedsakelig basert på Westbergs fremstilling. Det fremkommer her en relativt

stor forskjell på hvilken måte den midlertidige forføyningen foregriper fullbyrdelsen av kravet.

Hva som ikke må foregripes, det vil si hva som er sammenligningsgrunnlaget for om det foreligger en foregripelse av fullbyrdelsen av kravet, behandles i kapittel 9. Det finnes trolig ikke et fasitsvar på den problemstillingen, og jeg gir uttrykk for det jeg mener er den beste løsningen i punkt 9.1.2, side 100. En kort oversikt gis i punkt 2.4, side 22.

Kapittel 8 og 9 er ikke en del av argumentasjonen for endret rettsoppfatning vedrørende foregripelse av kravet. Temaene som behandles forklarer mer om foregripelse, og illustrerer den noe unyanserte forhold til foregripelse i norsk rett. Kapitlene kunne enten plasseres først i oppgaven, eller sist som jeg har valgt. Grunnen til at jeg har gjort det på denne måten er fordi de ikke er sentrale for min argumentasjon. De ville således ha forskjøvet kjernen av oppgaven lenger ut i fremstillingen dersom de hadde stått først i oppgaven. En mulig ulempe ved plasseringen jeg har valgt er at avslutningen i kapittel 10 og argumentasjonen i kapittel 4 til 7 splittes opp. Jeg mener likevel dette er den beste løsningen.

Jeg avslutter i kapittel 10 hvor jeg ser på foregripelse av kravet i et helhetlig perspektiv, hvor jeg blant annet ser tilbake på utgangspunktet, men også veien videre. I dette kapittelet vil jeg også konkludere ut i fra problemstillingen, se punkt 10.2, side 103. I punkt 10.6, side 107, kommer jeg med to forslag til en bestemmelse om sikringsgrunn som jeg mener vil kunne være dekkende for min oppfatning av hvordan gjeldende rett er og bør være. Det har ikke vært min hensikt å gjøre noe stort poeng ut av punkt 10.6, men det inneholder forslag til alternativ ordlyd ettersom jeg er av den oppfatning at tvl. § 34-1 kunne vært utformet bedre.



## 2 Begrepsbruk

### 2.1 Krav

I denne oppgaven benytter jeg ”krav” om det kravet som begjæres sikret ved midlertidig forføyning, og som forutsettes avgjort ved dom. Det er det samme ”kravet” som behandles i forføyningssaken som i hovedsaken senere. For eksempel kan saksøker hevde å ha krav på å benytte en vei. Når saksøkte har sperret veien, kan saksøker begjære midlertidig forføyning om at sperringen fjernes dersom det foreligger en sikringsgrunn. I forføyningssaken må retten vurdere kravet prejudisielt og finne det sannsynliggjort for å kunne avsi en midlertidig forføyning. Hvorvidt saksøker faktisk har krav på å benytte veien blir først avgjort ved dom i hovedsaken.

I rettspraksis, teori og loven er samme terminologi brukt. Samtidig, eller i tillegg, er også begreper som ”forføyningskrav” og ”hovedkrav” brukt om kravet.<sup>41</sup> For meg har dette fremstått som litt unødvendig. Det kan misforstås ved at det kan høres ut som at det er *forskjellige* krav som behandles,<sup>42</sup> noe som etter min mening ikke kan være riktig og som

---

<sup>41</sup> Flock (1986) side 569 benytter ”hovedkravet” om kravet og begrunner det med at den saken det behandles i, eller forventes å behandles i, betegnes som hovedsaken, jf. tvfl. § 264. Eksempler på tilsvarende bruk i høyesterettspraksis er Rt. 1979 side 366 og Rt. 2003 side 1165. I sist nevnte kjennelse måtte kjæremålsutvalget presisere: ”Lagmannsrettens flertall drøfter ikke nærmere hva som er hovedkravet, det vil si ’kravet’ i § 15-2 første ledd bokstav a, jf. ’krav’ i § 15-1”. Eksempler fra høyesterettspraksis hvor ”forføyningskravet” blir brukt om kravet er Rt. 1987 side 688, Rt. 1987 side 923, HR-1990-557-k, HR-1991-47-k og Rt. 2006 side 1025.

<sup>42</sup> I Falkanger m.fl. (2008) side 1006 står det at tvl. § 32-9 (rettens adgang til å avsi dom over kravet allerede i forføyningssaken) gir mulighet for en ”samordning med felles behandling av disse to kravene.” (min understrekning)

derfor er uheldig.<sup>43</sup> Men det kan det hevdes at det kan være en fordel med forskjellige betegnelser på det samme kravet ettersom det er to ulike behandlinger av det. Slik jeg ser det er ikke skillet mellom forføyningssaken og hovedsaken så problematisk at det må benyttes forskjellige betegnelser på det samme kravet.

En annen kombinasjon er at ”hovedkravet” blir brukt om kravet som skal sikres, og at ”forføyningskravet” blir brukt om saksøkers begjæring om midlertidig forføyning og eller selve forføyningen – for eksempel at saksøkte blir pålagt å fjerne en kampestein fra en vei.<sup>44</sup>

I tvisteloven brukes først om fremst betegnelsen ”krav”, jf. for eksempel §§ 32-1 tredje ledd, 32-5, 32-11, 34-1, 34-2 og 34-3. Betegnelsen ”hovedkrav” er likevel benyttet i tre bestemmelser: om samtidig domsavsigelse av (hoved)kravet i tvl. § 32-9, om saksøkers erstatningsplikt ved feilaktig avsagt forføyning basert på (hoved)krav omhandlende miljøet i tvl. § 32-11 første ledd tredje punktum og om sannsynliggjøringen av (hoved)krav omhandlende miljøet i tvl. § 34-2 tredje ledd.

Tvisteloven § 32-9 var en *nyskapning ved tvisteloven i 2005*, og de to andre bestemmelsene kom inn i tvangsfullbyrdelsesloven i januar 2004, jf. daværende tvfl. § 3-5 første ledd og § 15-6 tredje ledd.

Før lovendringen i 2004 fant man således ikke betegnelsen ”hovedkrav” i tvangsfullbyrdelsesloven, dog med unntak av § 5-2 bokstav d som omhandlet pengekrav og dertil spesifisering av hovedkravet. Betegnelsen ”hovedkrav”, ved midlertidig forføyning, kommer fra bruk i praksis og litteratur i den senere tid og vil ikke følges opp her.

## 2.2 Forføyningen

Med ”forføyningen” kan man forstå den kjennelsen saksøker ønsker å oppnå, og som retten kan avsi dersom saksøker klarer å sannsynliggjøre et krav og sikringsgrunn. ”Forføyningen”

---

<sup>43</sup> Det kan ikke være et *annet* krav som avgjøres ved dom enn det som retten har tatt prejudisiell stilling til under forføyningssaken. Det kravet som sikres ved midlertidig forføyning forutsettes *avgjort* ved dom senere, og det sier seg selv at retten ikke da kan vurdere noe helt annet.

<sup>44</sup> Se HR-1997-528-k. Om ”forføyningskravet” se punkt 2.2 side 20.

kan gå ut på at saksøkte skal foreta, unnlate eller tåle en handling, jf. tvl. § 34-3 første ledd, se punkt 3.5, side 29.

Saksøker kan anmode retten om en konkret ”forføyning”, men loven pålegger ikke saksøker å gjøre dette, jf. tvl. § 32-5, ettersom det er rettens ansvar å utforme forføyningen, jf. tvl. § 34-3 annet ledd andre setning.

I litteraturen og praksis har til dels ”forføyningskravet” blitt brukt om den forføyningen saksøker ønsker.<sup>45</sup> Ytterbøe (1985) hadde ”forføyningskravet” som en overskrift for omtale av hva forføyningen kunne gå ut på.<sup>46</sup> Mitsem (1992) omtaler forføyningen som ”forføyningskravet”. I og for seg ser jeg at det kan være naturlig ettersom saksøker kan sies å kreve en forføyning. Når det begjæres en forføyning for å sikre et *krav*, kan det likevel oppstå misforståelser dersom en benytter ”forføyningskravet” om selve forføyningen.<sup>47</sup> Det er kanskje derfor ”forføyningskravet” da også har blitt brukt om selve kravet som skal sikres, jf. punkt 2.1, side 19 note 41. Før Mitsem omtalte ”forføyningskravet” var det trolig blitt brukt to ganger tidligere i lagmannsrettsavgjørelser med samme forståelse som Mitsem. Mitsem konkluderer selv med at begrepet er dårlig egnet og kan misforstås, og at han derfor ikke vil benytte det. I hvert fall ikke annet enn i parentes.<sup>48</sup> Jeg er helt enig i Mitsems synspunkter om ”forføyningskravet”. Dog er jeg ikke helt enig i at det skulle være behov for å finne andre uttrykk en ”forføyningen” om det saksøker ønsker oppnådd og det retten avsier kjennelse om. Det må konstateres at ”forføyningskravet” senere har blitt brukt relativt mye i praksis og teori, men vil altså ikke bli fulgt opp her.

---

<sup>45</sup> Men kun av Høyesterett i to avgjørelser; HR-1997-528-k og Rt. 1998 side 139. Flock (1986) side 569 brukte ”det midlertidige kravet” om forføyningen.

<sup>46</sup> Jf. Ytterbøe (1985) side 451. Begrepet ble imidlertid ikke gjentatt i teksten.

<sup>47</sup> I tillegg er reglene om midlertidig forføyning forstått slik at saksøker ikke har *krav* på en forføyning selv om vilkårene er oppfylt, ettersom det er opp til retten om den vil avsi en forføyning.

<sup>48</sup> Se for eksempel Mitsem (1992) side 201, 203 og 205

### 2.3 Forføyningssaken og hovedsaken

Jeg vil betegne rettens behandling av begjæringen om midlertidig forføyning som ”forføyningssaken”,<sup>49</sup> og den endelige avgjørelsen av kravet ved normal rettergang og søksmål som ”hovedsaken”.<sup>50</sup>

### 2.4 Foregripelse

Temaet for denne oppgaven er forbudet mot forføyninger som ”foregriper” kravet. Når ”foregriper” forføyningen kravet? Noen ledetråder kan man finne i uttalelser om at ”forføyningen skal sikre kravet” og at ”forføyningen ikke må være sammenfallende med kravet”. Det har blitt praktisert som at forføyningen ikke kan gå ut på det samme som kravet. Det vil si at dersom kravet er bruksretten til en leilighet, kan ikke forføyningen pålegge saksøkte å stille leiligheten til disposisjon. Et annet eksempel er der saksøker har krav på utlevering av en bil fra en forhandler: Her kan ikke forføyningen gå ut på at forhandleren utleverer bilen. Poenget er at saksøker ikke skal få det som skal søkes oppnådd i hovedsaken allerede i forføyningssaken.

Det kan være vanskelig å ”finne” kravet i den enkelte sak. En enklere måte å foreta vurderingen av om det foreligger en ”foregripelse” av kravet, er å sammenligne forføyningen med det som er eller vil bli *påstanden* til saksøker i hovedsaken. Det er påstanden som søkes oppnådd og det er det som ikke skal foregripes. Se punkt 2.5, og nærmere i kapittel 9, side 96.

### 2.5 Fullbyrdelsen

I Rt. 1969 side 1402 ble det for første gang uttalt et forbud mot forføyninger som foregriper ”fullbyrdelsen” av kravet. Det er en rettsregel som jeg vil, og trolig også andre har, forkortet til et forbud mot ”foregripelse av kravet”. Problemet med en slik forkortelse er at det blir økt

---

<sup>49</sup> Se tilsvarende Schei m.fl. (2007) side 1565

<sup>50</sup> Se tilsvarende Schei m.fl. (2007) side 1454, Flock (1986) side 569 og tidligere tvangsfullbyrdselslov av 1915, § 264.

fokus på kravet. Det var *fullbyrdelsen* som ble omtalt i 1969-kjennelsen, og det er *fullbyrdelsen* som ikke skal vanskeliggjøres, jf. bokstav a, og det er altså *fullbyrdelsen* som ikke skal foregripes.

Med ”fullbyrdelsen” kan man forstå hva saksøkers påstand om fullbyrdelesdom for kravet vil gå ut på. Slik jeg ser det har det sammenheng med skillet mellom fastsettelsesdommer og fullbyrdelesdommer i sivilprosessen.

Lovens ordlyd omtaler et behov for sikring fordi ”forfølgningen eller gjennomføringen” av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort, jf. tvl. § 34-1 bokstav a. Ordlyden har vært den samme siden en endring av tvangsfullbyrdelesloven i 1927.<sup>51</sup> En naturlig språklig forståelse av, og eventuelt skille mellom ”forfølgningen eller gjennomføringen” er vanskelig. Kanskje kan ”forfølgningen” sies å være den rettslige forfølgningen av krav. Her ledes tankene mine først og fremst til fastsettelsessøksmål med tanke på at ”gjennomføringen” er et alternativ. ”Gjennomføringen” trekker i retning av tvangsgjennomføringen og dermed fullbyrdelsen av et krav.

Dette er motsatt av den forståelse som fremgår av Falkanger m.fl. (2008). Forfatteren mener at ved fullbyrdelesessøksmål ”vil det vel helst være ’forfølgningen’ av kravet” som vanskeliggjøres. Gjelder det en rettighet en kan få fastsettelsesdom for, vil det være ”gjennomføringen” av kravet som vanskeliggjøres. Avslutningsvis konkluderes det med at ”bokstav a inneholder begge alternativer, og det er unødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet”.<sup>52</sup>

I tvisteloven brukes ”gjennomføringen” om *tvangsfullbyrdelsen* av forføyningen, jf. § 34-4 første ledd. Det står at forføyningen ”gjennomføres” etter reglene i tvangsfullbyrdelesloven.

---

<sup>51</sup> Jf. Ot.prp. nr. 1 (1927) side 2.

<sup>52</sup> Se Falkanger m.fl. (2008) side 1153. Tilsvarende Schei m.fl. (2007) pkt. 5. side 1560, som kun gjentar det som står i 3. utg. av Falkanger m.fl. (2002)

Mitsem (1992) behandler også denne ordlyden, men nevner ikke fastsettelsessøksmål som en mulig tolkning. Han fokuserer på ulike situasjoner for fullbyrdelsen av kravet, enten gjennomføringen av retten fra dag til dag, eller den fremtidige realiseringen.<sup>53</sup>

Forarbeidene til tvangsfuldbyrdsloven av 1915 trekker ikke i retning av en slik tolkning som Falkanger m.fl. har gitt uttrykk for. I Civilproceslovkommissionens lovutkast (1908), side 61, og Ot.prp. nr. 16 (1911), side 162, var det bare kravets ”gjennomførelse” som ikke måtte vanskeliggjøres. I den senere Indst. O. XV (1912), side 368, og Ot.prp. nr. 10 (1913), side 170, ble ”gjennomførelse” byttet ut med ”fuldbyrdelsen” av kravet, og det var denne som ikke måtte vanskeliggjøres.

Således omhandlet tvangsfuldbyrdsloven § 262, slik den ble vedtatt i 1915, sikring av ”fuldbyrdelsen” av krav. Ordlyden ble imidlertid endret i 1927, før loven trådte i kraft. Etter endringen var det kravets ”forfølgning eller gjennomførelse” som ikke måtte vesentlig vanskeliggjøres, jf. tvfl. § 262.

Bakgrunnen for endringen i 1927 var at tvangsfuldbyrdsloven § 240, som omhandlet gjennomføringen av avsagte forbud, ikke var gjenstand for noen egentlig *tvangsfullbyrdelse*. Det vil si at eventuelle søksmål om at saksøkte skulle forbys enkelte handlinger ikke kunne tvangsfullbyrdes.<sup>54</sup> Da kunne kravet heller ikke sikres ved midlertidig forføyning ettersom det skulle sikre senere tvangsfullbyrdelse. Dermed ble anvendelsesområdet for midlertidig forføyning for snevert. Faktisk innebar det en innsnevring i forhold til forbudsinstituttet, og bestemmelsen ble snevrere enn forbildet østerriksk rett.<sup>55</sup> Ordlyden ”forfølgningen eller gjennomføringen” kom inn i 1927 for å gjøre reglene om midlertidig forføyning mer anvendelig, slik at alle krav kunne sikres.

---

<sup>53</sup> Se Mitsem (1992) pkt. 3.4.2 side 147. Skillet Mitsem foretar for fullbyrdelsen av kravet har sammenheng med hans mening om at også den daglige utnyttelsen av retten bør være mulig å beskytte, i tillegg til den senere fullbyrdelsen ved dom, jf. pkt. 3.4.3.8 side 164, med konklusjon side 166 if.

<sup>54</sup> Det samme gjelder i dag, unnlatesplikter ”fullbyrdes” etter tvfl. § 13-16 som er tilsvarende tidligere § 240. Det klart at det er vanskelig å tvinge en person til å unnlate å gjøre noe, måten det gjøres på er at saksøkte blir pålagt å stille sikkerhet for skaden som vil oppstå dersom saksøkte likevel foretar handlingen.

<sup>55</sup> Jf. Ot.prp. nr. 1 (1927) side 4.

Det var således ikke med tanke på et skille mellom fastsettelses og fullbyrdelsessøksmål at ordlyden ble endret i 1927. Dette er én grunn til at det, etter min mening, mest sannsynlig ikke foreligger et slikt skille ved sikringsgrunn bokstav a. Bestemmelsen tar bare sikte på problemer med *fullbyrdelsen* av kravet.<sup>56</sup>

En annen grunn som trekker i samme retning, er at en fastsettelse av et krav, etter min mening, ikke kan bli vesentlig vanskeliggjort.<sup>57</sup> Normalt vil man alltid få fastsatt sin rett av en domstol, så lenge det fortsatt har aktualitet for saksøker.

Det kan også legges til at forbudet mot foregripelse av kravet, slik det ble uttalt i Rt. 1969 side 1402, rettet seg mot *fullbyrdelsen* av kravet.<sup>58</sup>

I det følgende vil jeg hovedsakelig omtale lovens vilkår om at ”forfølgningen eller gjennomføringen” blir vesentlig vanskeliggjort, jf. tvl. § 34-1 bokstav a, som ”fullbyrdelsen”.

Vilkåret om vesentlig skade eller ulempe i bokstav b er derimot ikke knyttet opp mot fullbyrdelsen av kravet. Selv om saksøker ønsker å få fastsatt sin rett ved et fastsettelsessøksmål, kan saksøker lide skade eller ulempe inntil domsavsigelsen. For eksempel ved forvaltningsvedtak om utkastelse i utlendingssaker. Saksøker kan hevde at vedtaket er ugyldig og søksmålet vil gå ut på fastsettelse av dette. Problemet for saksøker, hvis vedtaket gjennomføres, er at han eller hun kan lide vesentlig skade eller ulempe i løpet av den tiden det tar før det blir fastlagt at vedtaket er ugyldig og saksøker kan returnere til Norge. Det kan for eksempel være på grunn av mulig tortur i hjemlandet. En midlertidig forføyning kunne gått ut på at saksøker ble tillatt midlertidig opphold inntil ugyldighetssøksmålet ble avgjort. Sikringsgrunn bokstav b kan derfor brukes både når saksøker ønsker å få fastsatt sitt krav, og når saksøker vil fullbyrde sitt krav.

---

<sup>56</sup> Tilsvarende forståelse hadde også saksøkte i Rt. 1969 side 1402, jf. uttalelser i kjeremålet til Gulating lagmannsrett, hvor ”fullbyrdelsen” står i parentes etter ordlyden ”forfølgningen eller gjennomføringen”, jf. Gulating lagmannsretts kjennelse 29. mai 1969, sak nr. 24, side 2. Jeg ble innvilget innsyn i partenes prosesskriv for alle instanser etter søknad til Riksarkivet. Kjennelsen er vedlagt.

<sup>57</sup> Med mindre man tenker på bevisstillingen som kan ødelegge for at saksøker får fastsatt sin rett. Men for bevissikring har tvisteloven egne bestemmelser i kapittel 28. Hvis man bruker reglene om midlertidig forføyning for å sikre bevis ville man bruke reglene som prosessuelt verktøy for den normale rettergangen, og det er det ikke anledning til, se note 38 side 15.

<sup>58</sup> En midlertidig forføyning kan ikke foregripe en fastsettelsesdom ettersom retten i forføyningssaken ikke skal avsi kjennelse om realiteten, jf. Rt. 1960 side 765, se punkt 4.2 side 33

### 3 Kort om noen sentrale sider av reglene om midlertidig forføyning

#### 3.1 Formålet med midlertidig forføyning

Formålet med midlertidig forføyning er til dels sammensatt, vanskelig tilgjengelig og litt forskjellig for sikringsgrunn bokstav a og bokstav b. Grunnen til at formålet er forskjellig ved bokstav a og b henger sammen med at alternativene regulerer ulike situasjoner. Jeg hevder at bokstav a retter seg mot domsavsigelsen og fullbyrdelsen, bokstav b retter seg mot skade før domsslutningen, se punkt 1.2, side 5. Hva som er formålet er nevnt i én setning i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991)<sup>59</sup> og noen føringer finnes i forarbeidene til 1915-loven, men en presis definisjon av formålet er fraværende. Formålet er også svært lite berørt i litteraturen. Jeg har for eksempel ikke sett det nevnt i Falkanger m.fl. (2008).

En beskrivelse av formålet ved sikringsgrunn bokstav a kan være en sikring av den egentlige rettsforfølgningen.<sup>60</sup> Således kan formålet sies å være å sikre kravet med tanke på senere fullbyrdelse. Det er slik formålet har kommet til uttrykk i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) og Schei m.fl. (2007).<sup>61</sup> I tvl. § 34-1 første ledd bokstav a, kan formålet sies å komme til uttrykk i ordlyden ”midlertidig sikring av kravet”. Formålet om å sikre kravet henger tett sammen med utsiktene for problemer med fullbyrdelsen, og da å unngå slike problemer. En sikring av kravet er bare oppnådd dersom slike problemer blir unngått. Det vil si at å unngå problemer med fullbyrdelsen er en forutsetning for å sikre kravet, og kan således sies å være en del av formålet.

Formålet ved sikringsgrunn bokstav b er et litt annet enn ved bokstav a. På en måte kan det sies at formålet er å få en midlertidig ordning, jf. Schei m.fl. (2007) og Ot.prp. nr. 65 (1990-1991), men samtidig er det ganske intetsigende etter min mening.<sup>62</sup> Slik jeg ser det er

---

<sup>59</sup> Se Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 289.

<sup>60</sup> Jf. Civilproceslovkommissionens lovutkast (1908), almindelige motiver side 80. Utsagnet var hentet fra de østerrikske forarbeider og ble gjengitt til å gjelde generelt ved midlertidig forføyning, men passer best ved bokstav a. Ved bokstav b sikres ikke rettsforfølgningen på samme måte ettersom det egentlig ikke er noen problemer med den.

<sup>61</sup> Se Schei m.fl. (2007) side 1554.

<sup>62</sup> Er det egentlig behov for ordlyden ”for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold” i bokstav b”?



formålet ved bokstav b også å unngå skade eller ulempe for saksøker i tiden frem til domsavsigelsen, jf. slik bestemmelsen var uttrykt i Civilproceßlovkommissionens lovutkast (1908) § 410, hvor det ikke stod noe om ”midlertidig ordning”.

### 3.2 Krav

Saksøker må sannsynliggjøre et krav som går ut på noe annet enn penger og sikringsgrunn for å kunne få en midlertidig forføyning, jf. tvl. § 32-1 tredje ledd. Den midlertidige forføyningen skal da sikre saksøkers krav inntil kravet blir avgjort ved dom. Saksøker må sannsynliggjøre et krav enten sikringsgrunnen er tvl. § 34-1 første ledd bokstav a eller bokstav b.

Twistelovens kapittel 1, og da prosessforutsetningene i § 1-3, gjelder også i saker om midlertidig forføyning, jf. tvl. § 32-2. Det vil si at kravet som skal sikres må være et ”rettskrav”, jf. tvl. § 1-3 første ledd.<sup>63</sup> Med prosessforutsetningen ”rettskrav” kan man forstå at det bare kan tas ut søksmål for domstolene om rettslig regulerte spørsmål. Ettersom midlertidige forføyninger gjelder provisorisk med tanke på senere rettslig avklaring ved dom, forutsetter det at det er mulig å få dom for kravet som begjæres sikret ved midlertidig forføyning.<sup>64</sup> Det vil si at med ”krav” i tvl. § 32-1 tredje ledd, må man forstå ”rettskrav”, jf. tvl. § 1-3 første ledd.

Reglene om midlertidig forføyning kan anvendes til å sikre alle krav som ikke ved lov er unntatt reglene om midlertidig forføyning. Det finnes slike særregler i blant annet skifteloven, ekteskapsloven og barneloven,<sup>65</sup> og som i ulik grad er forenelig med reglene i tvisteloven.<sup>66</sup> Det må da foretas en tolkning av den respektive loven for å avgjøre forholdet til

---

<sup>63</sup> Dermed må retten i forføyningssaken ta stilling til om kravet er et rettskrav, på samme måte som ved normal rettergang, jf. rettens ansvar for absolutte prosessforutsetninger.

<sup>64</sup> Hvis det ikke er mulig å få dom for kravet, vil ikke parten ha rettslig interesse i å begjære sikring av det, jf. Rt. 2006 side 559 premiss 15, jf. Schei. m.fl. (2007) side 1437.

<sup>65</sup> Jf. Falkanger (2008) pkt. 3 side 1150.

<sup>66</sup> For en nærmere gjennomgang se Waaler (1998) side 515-539, jf. Falkanger m. fl. (2008) side 1150. Se også Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 291.

tvistelovens regler om midlertidig forføyning.<sup>67</sup> En tolkning er ikke nødvendig der det er bestemt at reglene om midlertidig forføyning i tvisteloven ikke kommer til anvendelse. For eksempel i lov om offentlige anskaffelser, hvor det i § 8 første ledd er bestemt at det ikke er anledning til å benytte midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått. Det er likevel sjeldent at en lov fastslår at reglene om midlertidig forføyning i tvisteloven ikke er anvendelige for sikring av krav.<sup>68</sup>

### 3.3 Sikringsgrunn

”Sikringsgrunn” er tvistelovens betegnelse på den situasjonen som ligger til grunn for et eventuelt behov for midlertidig forføyning, jf. blant annet tvl. § 32-1 tredje ledd og § 34-2. For midlertidig forføyning er det to noe forskjellige ”sikringsgrunner” i tvl. § 34-1 første ledd bokstav a og bokstav b. Med ”sikringsgrunn” kan man ganske enkelt forstå et visst *behov* for en midlertidig avgjørelse inntil saken blir avgjort.

I Rt. 2002 side 407 uttalte kjæremålsutvalget at det er alternative vilkår og retten skal prøve anvendelsen av begge alternativene selv om de ikke er påberopt. Dette kan være i overensstemmelse med rettens ansvar for rettsanvendelsen, jf. tvl. § 11-3 første ledd første setning.<sup>69</sup>

### 3.4 Sannsynliggjøring

En midlertidig forføyning forutsetter som hovedregel at både krav og sikringsgrunn er sannsynliggjort, jf. tvl. § 34-2 første ledd. I norsk rett er det et alminnelig krav om sannsynlighetsovervekt.<sup>70</sup> I hvilken grad et lempeligere eller strengere beviskrav ved avgjørelsen av kravet i hovedsaken virker inn på beviskravet ved midlertidig forføyning er diskutert i Schei m.fl. (2007) side 1564, og Falkanger m.fl. (2008) side 1167. Vilkåret om

---

<sup>67</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 291.

<sup>68</sup> Jf. Schei m.fl. (2007) pkt.3, side 1555.

<sup>69</sup> På den annen side tar bokstav a og b etter min mening sikte på ulike tidsrom, slik at faktum kan begrense rettens anvendelse av alternativene, jf. tvl. 11-2 første ledd.

<sup>70</sup> Jf. Schei m.fl. (2007) side 987.

sannsynliggjøring er også behandlet av Mitsem (1992) side 85-95 og 136-137, og av Tolle Stabel og Borgar Høgetveit Berg i LoR 2002 side 620.

### 3.5 Hva forføyningen kan gå ut på

Forføyningen kan gå ut på at saksøkte skal unnlate, foreta eller tåle en handling, jf. tvl. § 34-3 første ledd. Retten har således i utgangspunktet en vid adgang til å fastsette hva forføyningen skal gå ut på. Likevel finnes det begrensninger i sammenhengen med de øvrige reglene. Herunder at forføyningen ikke må foregripe fullbyrdelsen av kravet, som er temaet i denne oppgaven, og proporsjonalitetsbegrensningen i § 34-1 annet ledd.

At en domsslutning ikke kunne hatt samme utforming som forføyningen er ingen hindring for å avsi en midlertidig forføyning.<sup>71</sup> Det sier en del om hvor langt man er villig til å gå for å sikre senere fullbyrdelse.

Selv om det er et vilkår at kravet må gå ut på noe annet enn penger, er det derimot antatt at det ikke er noe i veien for at forføyningen pålegger saksøkte å betale penger.<sup>72</sup> Jeg er usikker på hvordan forføyningen da skal tvangsfullbyrdes all den tid forføyningen skal tvangsfullbyrdes etter reglene om tvangsfullbyrdelse av *krav på annet enn penger*, jf. tvl. § 34-4 første ledd, jf. tvfl. kapittel 13. Løsningen kan være å anvende reglene i tvfl. kapittel 7 – 12.

Det ligger i begrepet 'midlertidig forføyning' at forføyningen ikke må gå ut på noe som ikke er reversibelt.<sup>73</sup> Det kan sies at forføyningen ikke skal innebære en endelig avgjørelse av kravet, eller på annen måte medføre noe som ikke kan korrigeres senere. Likevel kan en forføyning i praksis medføre en endelig løsning. Det kan for eksempel være at saksøkte innser sin urett etter at kravet er behandlet i forføyningssaken, og således ikke legger noen hindringer for saksøker videre.<sup>74</sup> Slike grunner til at forføyningen i realiteten blir endelig kan

---

<sup>71</sup> Jf. Rt. 1999 side 1762, og Falkanger m.fl. (2008) side 1174.

<sup>72</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 291 og Falkanger m.fl. (2008) side 1179.

<sup>73</sup> Men det er mulig det bør gjøres unntak der det er behov for "ekte" foregripelse, jf. punkt 8.4 side 92.

<sup>74</sup> Backer (2004) side 45, "Reelt sett kan reglene om midlertidige forføyninger derfor fungere som en "hurtigprosess" – eller som en kortslutning av den ordinære sivilprosess."

vanskelig unngås. Det kan heller ikke anses særlig problematisk at partene løser tvisten minnelig.

## **4 Forbudet mot en forføyning som foregriper kravet – de lege lata.**

### **4.1 Oversikt**

I første utgave av kommentaren til tvangsfullbyrdelsesloven av 1992 sies det at det har vært reist spørsmål om forføyningen kan gå lengre enn til bare å sikre fullbyrdelsen av kravet.

Etter å ha kommet med et eksempel på foregripelse, konkluderes det i neste setning:<sup>75</sup>

”Svaret må være at bokstav a ikke gir hjemmel for en forføyning som foregriper fullbyrdelsen av [...]kravet. Se her Rt 1969 s 1402, Rt 1973 s 767, Rt 1981 s 910 og Rt 1987 s 242.”

Første gang<sup>76</sup> forbudet mot foregripelse av kravet ble uttalt i høyesterettspraksis var i Rt. 1969 side 1402. Deretter fulgte det to kjennelser som omhandlet forbudet mot foregripelse, og som presiserte den første kjennelsen fra 1969, jf. Rt. 1973 side 767 og Rt. 1981 side 910. Så vidt jeg kan se, ble grunnlaget for forbudet mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, og at det ikke var et forbud mot foregripelse ved sikringsgrunn bokstav b, etablert ved de nevnte tre kjennelsene. Senere avgjørelser har hovedsakelig fulgt og anvendt disse reglene.

Etter min mening oppstilte 1969-kjennelsen et generelt forbud mot foregripelse av kravet ved midlertidig forføyning – det er ikke adgang til i realiteten å avgjøre kravet ved en midlertidig forføyning, selv om avgjørelsen bare gjelder midlertidig inntil domsavsigelsen, se punkt 4.3.2.2, side 38.

---

<sup>75</sup> Jf. Falkanger m.fl. (1992) side 845.

<sup>76</sup> Det er den første avgjørelsen det vises til i teori og høyesterettspraksis. Jeg har også gjennomgått de avgjørelsene fra før 1969 som er tilgjengelige på lovdata, og som viser til tvfl. § 262.

1973-kjennelsen indikerte at forbudet bare gjaldt bokstav a, ved å knytte forbudet nærmere opp mot ordlyden ”sikre” i tvfl. § 262, og peke på at det ikke fantes en tilsvarende begrensning ved bokstav b, slik at det i prinsippet ikke var noe i veien for en foregripelse dersom bokstav b var sikringsgrunnlaget. I tillegg ble forbudet etter min mening i 1973-kjennelsen *knyttet opp mot formålet* med midlertidig forføyning. Dette til forskjell fra 1969-kjennelsen som knyttet det opp mot *forholdet mellom en forføyningssak og hovedsak*. Vedrørende formålet mente kjæremålsutvalget i 1973 at det var en forskjell mellom de to alternativene. Bokstav a tok sikte på en ”midlertidig sikring”, mens bokstav b tok sikte på en ”midlertidig ordning”.

Kjennelsen fra 1981 gjorde ikke annet enn å forsterke det som ble uttrykt i 1973 - at det er adgang til foregripelse ved bokstav b, og forbudt ved bokstav a. Det ble samtidig presisert at 1969-kjennelsen omhandlet bokstav a.<sup>77</sup>

Rådende rettsoppfatning i dag er at forbudet mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, er hjemlet i ordlyden i tvl § 34-1 om en ”midlertidig sikring” av kravet. Argumentasjonen går ut på at forføyningen bare skal sikre kravet, og at en foregripelse vil medføre noe mer enn bare en sikring. For eksempel hvis det er tvist om eiendomsretten til en båt mellom kjøper og selger. Kjøper mener å ha krav på båten, mens selger hevder båten fortsatt tilhører ham. Det eneste som gjenstår av eiendomsoverdragelsen er faktisk overlevering, båten er i selgerens besittelse. Dersom det er sannsynlig at selgeren på en eller annen måte vil gjøre det vanskelig for kjøperen å fullbyrde kravet på båten på domstidspunktet, kan kjøperen begjære midlertidig forføyning med grunnlag i tvl. § 34-1 første ledd bokstav a. Men forføyningen kan ikke gå ut på at selgeren plikter å stille båten til kjøperens disposisjon, det foregriper kravet til kjøperen. Kravet vil bli fullbyrdet dersom kjøperen settes i besittelse av båten, og etter ordlyden i tvl. § 34-1 bokstav a skal retten altså bare sikre kravet. For at forføyningen bare skal sikre kravet, kan forføyningen eventuelt gå ut på at båten tas i forvaring hos namsmannen inntil tvisten er avgjort ved dom.

---

<sup>77</sup> Falkanger m.fl. (2008) viser også til Rt. 1987 side 242, jf. sitatet ovenfor. Jeg mener den kjennelsen ikke kan bidra i denne sammenhengen. Forståelsen av forbudet mot foregripelse ved bokstav a, og den frie adgangen til foregripelse ved bokstav b, var allerede etablert i 1987. 1987-kjennelsen er den første av en lang rekke kjennelser som legger til grunn de rettsreglene som ble etablert ved de første kjennelsene.

Sikringsgrunn bokstav b i tvl. § 34-1 første ledd, omtaler derimot at forføyningen skal oppnå en ”midlertidig ordning”. Dette uttrykket er annerledes utformet, og er forstått som ikke å hindre forføyninger som foregriper kravet.<sup>78</sup> Uttrykket ”midlertidig ordning” er ikke begrenset til en sikring av kravet, og således kan båten overleveres til kjøper, jf. bokstav b.

I forbindelse med revideringen av tvangsfuldbyrdelsesloven på begynnelsen av 1990-tallet vurderte lovgiver bestemmelsen om sikringsgrunn. I Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) kunne lovgiver ha klargjort mye. Blant annet om en skal se bort fra kjennelsene som omtaler et forbud mot foregripelse av kravet, eller om kjennelsene skal anses som riktige tolkninger av loven. Hvis lovgiver mente avgjørelsene var riktige, kunne de i tillegg ha klargjort hva som var begrunnelsen for forbudet. Lovgiver uttaler seg bare så vidt om foregripelse av kravet, men slik jeg ser det var det ikke på en måte som var oppklarende, se punkt 4.7.1 side 50.

Mitsem (1992) er den eneste som i teorien har problematisert rettsregelen om forbudet mot foregripelse av kravet ved bokstav a. Mitsem er kritisk til forbudet. Han mener tolkningen mangler støtte i lovens ordlyd og mangler fullstendig støtte i forarbeidene til 1915-loven og til dels også 1992-loven. Videre står tolkningen i sterk kontrast til legislative behov, og grunnleggende rettspraksis om forbudet omhandlet bokstav b eventuelt med obiter dictum-uttalelser om bokstav a.<sup>79</sup> Mitsem konkluderer med at det vil være vanskelig å gi en sikker forutsigelse av hva Høyesteretts kjæremålsutvalg vil gjøre.<sup>80</sup> Slik jeg leser Mitsem, mente han rettstilstanden ikke var avklart og håpet at Høyesterett ville endre sin oppfatning fra avgjørelsene fra 1969, 1973 og 1981.

I en rekke høyesterettskjennelser etter lovreformen i 1992 anvendes forbudet mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a.<sup>81</sup> En gjenganger i kjennelsene er at lagmannsretten har funnet at forføyningen vil innebære en foregrepet fullbyrdelse av kravet. Lagmannsretten må da prøve om vilkårene i bokstav b er oppfylt, ettersom det ikke er anledning til å avsi foregripende forføyninger med bokstav a som sikringsgrunn. Høyesterett konstaterer at dette ikke er uttrykk for en uriktig lovforståelse. Rettsregelen om forbudet mot

---

<sup>78</sup> Jf. Rt. 1973 side 767, se punkt 4.4 side 40. Mer om ”midlertidig ordning” i punkt 5.3 side 62.

<sup>79</sup> Jf. Mitsem (1992) side 166.

<sup>80</sup> Se Mitsem (1992) side 166 if.

<sup>81</sup> Se for eksempel Rt. 1994 side 291, Rt. 1998 side 139, Rt. 2002 side 108 og Rt. 2002 side 123.

foregripelse av kravet ved tvl. § 34-1 bokstav a har således blitt lagt til grunn og anvendt i en lang rekke kjennelser. Men legitimerer eller begrunner det et forbud mot foregripelse?

Det finnes imidlertid én avgjørelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg, som etter min mening gir et riktigere uttrykk for forståelsen av sikringsgrunn bokstav a, jf. HR-1997-528-k. Kjæremålsutvalget gir uttrykk for at det avgjørende er om fullbyrdelsen vil bli vesentlig vanskeliggjort dersom saksøker ikke får en midlertidig forføyning. Da kan ikke et forbud mot foregripelse hindre en sikring av kravet, se punkt 7.3.1, side 76. Det er imidlertid interessant at Høyesterett ikke ser ut til å ha fulgt den justeringen kjæremålsutvalget foretok i HR-1997-528-k. I for eksempel Rt. 1998 side 139, Rt. 2002 side 108 og så sent som Rt. 2009 side 154, legger kjæremålsutvalget til grunn et absolutt forbud mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, se punkt 4.7.4 og 4.7.5, side 54 og 55.

Aller først vil jeg se på kjennelsen i Rt. 1960 side 765. Grunnen til at jeg begynner med denne kjennelsen er at 1969-kjennelsen viser til denne i sin begrunnelse. For meg, har forståelsen av 1960-kjennelsen vært av sentral betydning for forståelsen av 1969-kjennelsen. Det er 1960-kjennelsen, sammen med partenes anførsler for kjæremålsutvalget i 1969-kjennelsen, som tilsier at forbudet mot foregripelse av kravet som ble uttalt i 1969-kjennelsen, gjaldt som en generell begrensning – uavhengig av sikringsgrunn, se punkt 4.3.2 side 36.

#### 4.2 Rt. 1960 side 765 (1960-kjennelsen)

I begrunnelsen i 1969-kjennelsen viser kjæremålsutvalget ”i denne forbindelse” til kjennelsen i Rt. 1960 side 765. Man kan dermed tenke at 1960-kjennelsen omhandler et forbud mot foregripelse av kravet. Det har imidlertid ikke blitt vist til kjennelsen senere som begrunnelse for forbudet mot foregripelse av kravet, hverken i rettspraksis eller i den litteraturen jeg har sett.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Jeg har gjennomgått alle avgjørelser som ligger på lovdata og som viser til Rt. 1960 side 767. Vedrørende litteraturen – se litteraturlisten.

Jeg kan ikke se at kjennelsen trekker direkte i retning av et forbud mot foregripelse av kravet. Jeg mener derimot kjennelsen danner grunnlaget for forbudet mot foregripelse, slik det ble uttalt i 1969-kjennelsen.

Saken gjaldt en tvist mellom to naboer hvor saksøker hevdet å ha krav på atkomstvei over saksøktes eiendom. Saksøkte hadde satt opp sperringer i veien. Namsretten avsa kjennelse om at saksøker tilkjennes rett til atkomstveien og at saksøkte ble pålagt å fjerne stengslene. Lagmannsretten forkastet kjærmålet til saksøkte. Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet så lagmannsrettens kjennelse på grunn av feil i saksbehandlingen.

Kjæremålsutvalget mente lagmannsretten hadde latt kjennelsen fra namsretten bli stående,

”også med den bestemmelse som tilkjenner fru Simonsen en rett til bruk av atkomstveien, en bestemmelse som ikke kan treffes ved midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdsloven § 262.”

Hva som er begrunnelsen for at saksøker ikke kan tilkjennes rett til atkomstveien uttales det ikke noe om. Så vidt jeg kan forstå må begrunnelsen være noe så grunnleggende som at retten ikke kan ta endelig stilling til kravet og *avgjøre* det i *forføyningssaken*.<sup>83</sup>

Forføyningen om at saksøkte skulle fjerne stengslene ble ikke vurdert av Høyesterett.

#### 4.3 Rt. 1969 side 1402 (1969-kjennelsen)

##### 4.3.1 Kort om kjennelsen

Kjennelsen omhandler en tvist om disposisjonsretten til en leilighet. Saksøker hevdet å ha rett til å disponere leiligheten i henhold til kontrakt, og mente da å ha krav på å disponere leiligheten. Saksøker begjærte midlertidig forføyning for at saksøkte pliktet å stille leiligheten til disposisjon, samt å utlevere nøklene til leiligheten. Namsretten og lagmannsretten avsa kjennelse om at saksøkte pliktet å stille leiligheten til disposisjon for

---

<sup>83</sup> Tilsvarende oppfatning hadde for øvrig saksøker i Rt. 1969 side 1402. I tilsvaret til kjærmålet til Gulating lagmannsrett fremhevet saksøker at i deres sak hadde ikke namsretten tatt stilling til realiteten i saken og tilkjent saksøker noen bruksrett til leiligheten, slik at det var ingen parallell til Rt. 1960 side 765, jf. Gulating lagmannsretts kjennelse 29. mai 1969 sak nr. 24, side 4. Se vedlegg.



saksøker, og utlevere nøklene. Kjærmålsutvalget opphevet kjennelsen på grunn av uriktig forståelse av tvfl. § 262. Hele kjennelsen inntas her:

”Dommerne Bahr, Roll-Matthiesen og Endresen.

Brødr. Hetland hevdet å ha rett til å disponere en leilighet i Arthur Thus hus i Bryne og begjærte i den forbindelse midlertidig forføyning mot Arthur Thu. Rettssak om disposisjonsretten til leiligheten var ikke reist. Ved Jæren namsretts kjennelse av 18. mars 1969 ble Thu tilpliktet å stille leiligheten til disposisjon for Brødr. Hetland, samt utlevere nøkler til leiligheten. Etter kjæremål fra Thu stadfestet Gulating lagmannsrett den 29. mai 1969 namsrettens kjennelse.

Arthur Thu påkjærte lagmannsrettens kjennelse til Høyesteretts kjæremålsutvalg.

Utvalget opphevet lagmannsrettens og namsrettens kjennelser og bemerket:

« Kjæremålsutvalget finner enstemmig at kjæremålet over lovtolkningen må tas til følge. Etter Utvalgets oppfatning har lagmannsretten - i likhet med namsretten - bygd på en uriktig forståelse av tvangsfullbyrdeleslovens § 262 når den har antatt at bestemmelsen hjemler adgang til i et tilfelle som dette å beslutte en midlertidig forføyning hvorved saksøker settes inn i besittelsen og bruken av den omtvistede leilighet. En slik forføyning vil - slik Utvalget ser det - i realiteten være ensbetydende med en foregrepet fullbyrdelse av saksøkers krav uten at det foreligger dom for det, mens det som § 262 gir anvisning på, er tiltak for å sikre fullbyrdelsen av et omtvistet krav som det ennå ikke finnes tvangsgrunnlag for. Man viser i denne forbindelse til Utvalgets kjennelse i Rt-1960-765. » ”

Hva var det rettskildemessige grunnlaget for kjæremålsutvalgets uttalelser? Har partene med sine anførsler lagt føringer for den rettssetning retten utledet? Dette vil jeg se på i neste punkt.

Kjæremålsutvalget viser ikke til alternativene i tvfl. § 262, men viser til bestemmelsen generelt. Senere har rettspraksis etablert en forståelse av forbudet hvor det må skilles mellom sikringsgrunn alternativ 1 og alternativ 2. 1969-kjennelsen har blitt tolket til å ha omhandlet alternativ 1,<sup>84</sup> derfor er gjeldende rett at forbudet mot foregripelse av kravet bare gjelder ved sikringsgrunn alternativ 1. Vil en tolkning av 1969-kjennelsen forsvare en slik forståelse?

---

<sup>84</sup> Jf. Rt. 1981 side 910, jf. Rt. 1973 side 767, se punkt 4.5 side 48 og 4.4 side 40.

1969-kjennelsen er den første høyesterettsavgjørelsen som uttaler et forbud mot foregripelse av kravet.<sup>85</sup> Etter min mening er det også egentlig den eneste kjennelsen hvor forbudet til en viss grad blir behandlet – etterfølgende praksis presiserer og anvender forbudet, men begrunner aldri praktiseringen av forbudet.<sup>86</sup>

#### 4.3.2 Hva er grunnlaget for forbudet mot foregripelse?

Det er vanskelig å finne grunnlaget for kjæremålsutvalgets uttalelser om forbudet mot foregripelse. I premissene finner man igjen deler av ordlyden fra både innledningen og alternativ 2 i tvfl. § 262. Samtidig er det en henvisning til 1960-kjennelsen, en kjennelse som ikke behandlet hverken alternativ 1 eller alternativ 2, jf. punkt 4.2 side 33.

Før saken kom til kjæremålsutvalget i 1969 hadde både namsretten og lagmannsretten avsagt kjennelse om midlertidig forføyning, fordi de fant at det forelå sikringsgrunn. Namsrettens avgjørelse ble trolig avgjort på grunnlag av sikringsgrunn alternativ 1, mens avgjørelsen fra lagmannsretten omhandlet alternativ 2.<sup>87</sup> I begge instanser ble det avsagt en midlertidig forføyning om at saksøkte pliktet å stille leiligheten til disposisjon for saksøker og utlevere nøkler. Siden det er vanskelig å tolke kjennelsen, vil en gjennomgang av partenes anførsler for lagmannsretten og Høyesterett kunne bidra til å kaste lys over 1969-kjennelsen.<sup>88</sup>

Lagmannsrettens kjennelse ble påkjært av saksøkte på flere grunnlag. Det ble anført at det forelå saksbehandlingsfeil og feil ved den materielle rettsanvendelsen, jf. tvfl. § 262.

##### 4.3.2.1 Omhandlet kjennelsen sikringsgrunn alternativ 1 eller 2?

Jeg behandler først partenes anførsler om den materielle anvendelsen av tvfl. § 262 som kan si noe om hvilken sikringsgrunn som ble behandlet i 1969-kjennelsen.

---

<sup>85</sup> Jf. søk på lovdata, se note 76, side 30.

<sup>86</sup> Se fremstillingen videre om Rt. 1973 side 767, Rt. 1981 side 910, og for øvrig Rt. 1994 side 291, Rt. 2002 side 108 og Rt. 2002 side 123.

<sup>87</sup> Jf. Jæren namsretts kjennelse 18. mars 1969, og Gulating lagmannsretts kjennelse 29. mai 1969, se vedlegg.

<sup>88</sup> Se partenes prosesskriv for Høyesterett, som er vedlagt.

Lagmannsretten antok at alternativ 2 ga hjemmel for den forføyning som var begjært. Det var godtgjort at saksøker ble påført vesentlig skade ved å ikke disponere leiligheten inntil endelig dom forelå.<sup>89</sup>

For Høyesterett argumenterte saksøkte for at anvendelsen av alternativ 2 var feil - deres adferd medførte ikke vesentlig ulempe for saksøker. Saksøker bestred dette.

Jeg kan ikke se av 1969-kjennelsen at kjæremålsutvalget overprøvde lagmannsrettens tolkning av sikringsgrunn alternativ 2. En overprøvelse av lagmannsrettens forståelse av tvfl. § 262 alternativ 2, ville trolig vært knyttet nærmere opp mot vilkårene i alternativ 2, enn det som var tilfellet i Høyesteretts argumentasjon.<sup>90</sup> Riktignok gjenfinner man deler av ordlyden i alternativ 2 i Høyesteretts kjennelse. Det blir uttalt at tvfl. § 262 skal sikre fullbyrdelsen av et ”omtvistet krav”. Men hvorvidt et krav er omtvistet eller ikke, er ikke av betydning i forhold til et forbud mot foregripelse av kravet. Av større betydning for kjæremålsutvalget var trolig ordlyden ”sikre” som stod i *innledningen* til tvfl. §262. Når ordlyden ”sikre” stod i innledningen må den kunne sies å ha vært veiledende for *begge* de alternative sikringsgrunnene i tvfl. § 262. Se mer om ordlyden ”sikre” i punkt 4.4.3 side 44, og 4.7.3 side 53.

At Høyesterett ikke fremhever vilkårene i de alternative sikringsgrunnene i tvfl. § 262, trekker i retning av at *retten mente forbudet mot foregripelse av kravet gjaldt generelt* – en forføyning, uansett sikringsgrunn, kan ikke foregripe kravet. Det vil si at forbudet gjelder som en hindring for dommeren når det skal avsies en midlertidig forføyning.

---

<sup>89</sup> Jf. Gulating lagmannsretts kjennelse 29. mai 1969 side 8. Se vedlegg.

<sup>90</sup> Det er først i Rt. 2002 side 407 Høyesterett fastslår at sikringsgrunnene er alternative vilkår, slik at retten skal vurdere begge alternativene før de avsier kjennelse. Likevel er det vel å forvente, også før dette, at retten viser til de vilkårene som behandles. Således fremsto det lenge som noe underlig for meg hvorfor ikke Høyesterett i Rt. 1969 side 1402 viste til hvilken alternativ sikringsgrunn de behandlet. Men slik jeg ser det nå, er det forståelig, ettersom kjennelsen omhandlet tvfl. § 262 *generelt* og var ikke knyttet opp til en spesiell sikringsgrunn.

#### 4.3.2.2 Er forholdet mellom midlertidig forføyning og dom grunnlaget for forbudet?

Som nevnt ble feil saksbehandling av lagmannsretten også påberopt av saksøkte som grunnlag for opphevelse av kjennelsen. 1969-kjennelsen sett i sammenheng med anførslene og 1960-kjennelsen, støtter en forståelse av at forbudet mot foregripelse av kravet gjelder som en generell begrensning.

For lagmannsretten gjorde saksøkte gjeldende at namsretten hadde gitt saksøker rett til bruk av leiligheten, og at en slik bestemmelse ikke kan treffes ved midlertidig forføyning etter tvfl. § 262. I den sammenheng ble det vist til Rt. 1960 side 765. Saksøker bestred at kjennelsen var relevant.

Lagmannsretten fant ingen feil med saksbehandlingen og retten kunne ”ikke se at § 262 ikke skulle omfatte også en slik bestemmelse”.<sup>91</sup> Saksøkte opprettholdt samme argumentasjon overfor Høyesterett og hevdet at lagmannsrettens forføyning, som var lik namsrettens avgjørelse, ”innebærer at [saksøker] gis rett til å” besitte og bruke leiligheten. Videre ble det vist til 1960-kjennelsen hvor det ble ”uttalt at en bestemmelse om rett til bruk ikke kan treffes ved midlertidig forføyning etter Tvfl. §262.” Saksøker gjentok at 1960-kjennelsen ikke var av betydning i denne saken.<sup>92</sup>

Jeg mener grunnlaget for det forbudet mot foregripelse av kravet som kjæremålsutvalget uttalte i 1969, slik anførselen pekte på, er at retten ikke hadde adgang til å avsi en slik kjennelse som de gjorde, jf. 1960-kjennelsen. I 1960-kjennelsen ble lagmannsrettens kjennelse opphevet på grunn av saksbehandlingsfeil, da de blant annet hadde latt namsrettens ”fastsettelseskjennelse” om realiteten av kravet bli stående, se punkt 4.2, side 33. At retten ikke skal avsi kjennelse om realiteten, som det ble gjort i saken som var til behandling i 1960, følger implisitt av reglene om midlertidig forføyning og forholdet til normal rettergang. Det er ikke direkte uttrykt i noen bestemmelse, men fremgår av bestemmelsen om sikringsgrunn – en midlertidig forføyning skal bare sikre kravet, og gjelde midlertidig inntil saken blir avgjort ved dom.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Jf. Gulatings lagmannsretts kjennelse 29. mai 1969, side 8. Se vedlegg.

<sup>92</sup> Se partenes prosesskriv til Høyesterett som er vedlagt.

<sup>93</sup> Tvisteloven § 32-9 åpner nå for at det i forføyningssaken kan avsies dom om realiteten.

I 1969-kjennelsen oppdaget trolig kjæremålsutvalget, etter saksøktes anførsler, at en forføyning som foregriper kravet *i realiteten også avgjør kravet*.<sup>94</sup> Saksøker ble satt i besittelse og bruk av leiligheten på samme måte som om det forelå en dom i saken. Det vil si at det opplagte forbudet mot å avsi kjennelse om realiteten, jf. 1960-kjennelsen, ble i 1969-kjennelsen utvidet til også å gjelde forføyninger som i realiteten avgjør kravet.<sup>95</sup>

Kjæremålsutvalget må ha ment at forbudet mot foregripelse av kravet gjelder som en generell begrensning, uavhengig av sikringsgrunn, og er forankret i en grunnleggende forståelse om at en midlertidig forføyning bare skal sikre kravet inntil domsavsigelsen, jf. tvfl. § 262.

En slik forståelse gjør også at uttalelsene til kjæremålsutvalget om foregripelse ”uten at det foreligger dom for det”, og sikring av krav ”som det ennå ikke finnes tvangsgrunnlag for”, gir mer mening. Jeg forstår det slik at kjæremålsutvalget ga uttrykk for at enkelte avgjørelser bare kan treffes ved dom etter normal rettergang.

En forståelse om at 1969-kjennelsen omhandlet enten sikringsgrunn alternativ 1 eller alternativ 2 i tvfl. § 262, ser ut til å være lite treffende.<sup>96</sup> Partenes anførsler har vært sentrale i prosessen for å komme frem til denne konklusjonen.

I 1969-kjennelsen uttales det at tvangsfuldbyrdsloven § 262 er ment å ”sikre fullbyrdsen” av kravet. Kjæremålsutvalget har ikke gjengitt lovens ordlyd, men brukte likevel deler av lovens ordlyd i fremstillingen av forbudet mot foregripelse. Fremstillingen tilsier at ordlyden ”sikre” kan være sentral, ettersom det tilsynelatende ikke er andre åpenbare

---

<sup>94</sup> I hvert fall for den perioden forføyningen gjelder. Saksøker får oppfylt mer eller mindre av sitt krav frem til domsavsigelsen.

<sup>95</sup> Det er mulig at forbudet mot å avsi kjennelse om realiteten i Rt. 1960 side 765 ble strukket litt vel langt i Rt. 1969 side 1402. Forbudet mot foregripelse er en vesentlig begrensning for hva det kan avsies forføyninger om.

<sup>96</sup> I Rt. 1973 side 767 mente kjæremålsutvalget tilsynelatende at 1969-kjennelsen omhandlet alternativ 1. Og i Rt. 1981 side 910 blir en slik forståelse klart uttalt. Se punkt 4.4 side 40, og 4.5 side 48. Mitsem (1992) er derimot hovedsakelig av den oppfatning at 1969-kjennelsen omhandlet alternativ 2, ettersom den påkjærte lagmannsrettsavgjørelsen hadde omhandlet dette alternativet, jf. Mitsem (1992) side 156. Slik jeg leser Mitsem, åpnet han også for at 1969-kjennelsen omhandlet § 262 generelt, se for eksempel side 156.

kilder til forbudet.<sup>97</sup> Likevel vil jeg ikke si at kjæremålsutvalget legger vesentlig vekt på ordlyden ”sikre” i 1969-kjennelsen. Fremstillingen i Rt. 1973 side 767 er enda nærmere knyttet opp mot ordlyden ”sikre”. Jeg vil derfor foreta en tolkning av ordlyden ”sikre” først i forbindelse med fremstillingen av Rt. 1973 side 767 i neste punkt.

#### 4.4 Rt. 1973 side 767 (1973-kjennelsen)

##### 4.4.1 Kort om kjennelsen

Etter at det i 1969-kjennelsen ble uttalt et generelt forbud mot forføyninger som foregriper kravet, jf. tvfl. § 262, ble det i 1973-kjennelsen innskrenket til ikke å gjelde for alternativ 2.

Saken omhandlet en tvist om retten til næringslokaler, mellom to leietakere.<sup>98</sup> Faktum var således tilsvarende som i 1969-kjennelsen, bortsett fra at det nå gjaldt næringslokaler, ikke bolig.<sup>99</sup> Tidligere leietaker (saksøkte) hadde ikke flyttet ut, ny leietaker (saksøker) begjærte midlertidig forføyning om at saksøkte skulle fravike lokalene. Namsretten avsa kjennelse om at saksøkte pliktet å fravike lokalene, lagmannsretten forkastet så begjæringen med den begrunnelse at en midlertidig forføyning bare kunne sikre fullbyrdelsen av et krav, jf. 1969-kjennelsen. Det kan tyde på at lagmannsretten forstod 1969-kjennelsen, som meg, som at den oppstilte et generelt forbud. Høyesteretts kjæremålsutvalg bemerket (mine understrekninger):

”Tvangsfullbyrdeslovens § 262 nr. 1 gir på nærmere angitte vilkår adgang til å foreta midlertidig forføyning for å sikre et krav som det ikke er tvangsgrunnlag for: « når motpartens adferd gir grunn til å frykte for at kravets forfølgning eller gjennomførelse ellers vil bli forspilt eller i vesentlig grad vanskeliggjort, særlig ved en forandring i den bestående tilstand ». Etter dette alternativ kan således midlertidig forføyning skje for å sikre fullbyrdelsen av et omtvistet krav hvor tvangsgrunnlag ikke foreligger.

---

<sup>97</sup> Slik jeg ser det er ikke ordlyden den egentlige kilden til forbudet, etter min mening gir ordlyden bare *uttrykk for* et mer grunnleggende generelt bakenforliggende hensyn om forholdet mellom midlertidig forføyning og dom. Se punkt 4.4.4 side 45.

<sup>98</sup> Jf. Mitsems (1992) gjengivelse av faktum, side 157.

<sup>99</sup> Se også Mitsem (1992) side 158.

Nr. 2 i paragrafen er derimot ikke begrenset til bare å gjelde sikring av fullbyrdelsen av kravet. Vilåret er her at det « finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe eller hindre voldsomheter som motpartens adferd gir grunn til å frykte for ». Etter dette alternativ er det i prinsippet ikke noe til hinder for at den midlertidige forføyning i sitt resultat kan falle sammen med det krav saksøker gjør gjeldende, men ikke har fått endelig dom for, dersom betingelsene ellers er til stede.”

Deretter sies det at denne tolkningen ikke anses å stride mot kjennelsene i Rt. 1969 side 1402 og Rt. 1960 side 765, ettersom disse ”lå annerledes an”, og at det ikke var grunn til å gå nærmere inn på rekkevidden av kjennelsene. Jeg ser nærmere på forholdet mellom 1973-kjennelsen og 1969-kjennelsen i punkt 4.4.5, side 46.

Lagmannsrettens avgjørelse ble påkjært på grunn av forståelsen av alternativ 1 og alternativ 2. Kjæremålsutvalget opphevet den på grunn av uriktig forståelse av sikringsgrunn alternativ 2.

Med dette ble rettsoppfattningen om forbudet mot foregripelse av kravet, jf. 1969-kjennelsen, endret og justert.<sup>100</sup> Dersom sikringsgrunn alternativ 2 er anvendelig, er det således ingen hindringer for en foregripelse av kravet, bortsett fra lovens øvrige vilkår.<sup>101</sup> Avgjørelsen fra kjæremålsutvalget i 1969-kjennelsen ble brukt som utgangspunkt for det forbudet mot foregripelse av kravet som kjæremålsutvalget i 1973 mente gjaldt ved sikringsgrunn alternativ 1.

Kjæremålsutvalget knyttet forbudet mot foregripelse opp mot alternativ 1, og utelukket alternativ 2 fra forbudet.

#### 4.4.2 Skillet mellom de alternative sikringsgrunnene

For å kunne konkludere med at alternativ 2 ikke omfattes av forbudet, må det påpekes forskjeller fra alternativ 1 som gjør at de samme vilkår eller hensyn ikke gjør seg gjeldende ved alternativ 2. Det problematiske for kjæremålsutvalget i 1973-kjennelsen var at det i 1969-kjennelsen var trukket opp et *generelt* forbud mot foregripelse av kravet, som

---

<sup>100</sup> Se punkt 4.4.5 side 46, og behandlingen av forholdet mellom 1973-kjennelsen og 1969-kjennelsen.

<sup>101</sup> Tvisteloven § 34-1 er annet ledd en begrensning. Tilsvarende begrensning fantes ikke i tvfl. 262.

tilsynelatende gjaldt for begge de alternative sikringsgrunnene, og at grunnlaget for den forståelsen trolig kom til uttrykk i *innledningen* til tvfl. § 262.

Jeg vil hevde at kjæremålsutvalget i 1973-kjennelsen, for å løse dette, aktivt knyttet forbudet opp mot alternativ 1, samtidig som de også distanserte alternativ 2 fra forbudet.

Det første kjæremålsutvalget gjorde var å forsøke å knytte forbudet opp mot alternativ 1. Dette ble gjort ved å gjenta de avgjørende uttalelsene fra 1969-kjennelsen, men nå *i sammenheng med alternativ 1*, slik at det er *alternativ 1* i tvfl. § 262 som tar sikte på å sikre krav, ikke tvfl. § 262 generelt sett. Det vil si at kjæremålsutvalget ”flyttet” ordlyden ”sikre” fra *innledningen* i tvfl. § 262 til alternativ 1 i samme bestemmelse.

En slik manøver er etter mitt syn lite lovgivervennlig, men det er ikke til å komme bort fra at det å ”sikre kravet” er beskrivende for den situasjonen alternativ 1 tar sikte på. En ”sikring av kravet” kan sies å være formålet med alternativ 1, se punkt 3.1, side 28. Riktignok medførte det at grunnlaget for forbudet etter 1969-kjennelsen, etter min mening, ble endret. Se punkt 4.4.5, side 46.

Det er merkelig at lovgiver valgte en slik utforming av tvfl. § 262 dersom *innledningen* egentlig kun knyttet seg til alternativ 1, men det er mulig lovgiver var uheldig med avskriften fra østerriksk rett.<sup>102</sup> En annen mulighet er at de i Østerrike hadde en annen forståelse av sammenhengen i reglene, enn slik jeg forstår det. En tredje mulighet er at lovgiver mente at det skulle gjelde som en generell begrensning uavhengig sikringsgrunn, selv om ordlyden ikke var helt treffende for alternativ 2.

Da kjæremålsutvalget hadde knyttet ordlyden ”sikre” opp mot alternativ 1, slutter kjæremålsutvalget motsetningsvis ved alternativ 2 – dette alternativet ”er derimot ikke begrenset til bare å gjelde sikring av fullbyrdelsen av kravet.”

---

<sup>102</sup> Jf. Ot.prp. nr. 1 (1927) side 4, hvor det står at tvfl. § 262 er avfattet etter mønster fra den østerrikske tvangsfullbyrdeslov § 381, og var i det første utkastet praktisk talt enslydende med denne.



Det kan herske tvil om man kan si at det å ”sikre kravet” ikke gjelder ved alternativ 2. Alten (1950) ga uttrykk for at både alternativ 1 og alternativ 2 tok sikte på en ”sikring”. Først omtaler han alternativ 1, og etter å ha omtalt alternativ 2 skriver Alten (min kursivering):<sup>103</sup>

”Da det også her gjelder *sikring* av et bestemt krav, vil dog nr. 2 ikke få stor betydning ved siden av nr. 1.”

I utgangspunktet er det nok mest passende for alternativ 1, selv om det kan diskuteres om begrepet ikke også er passende ved alternativ 2. Det kan være tilfelle der skaden saksøker utsettes for i tiden frem til domsavsigelsen gjelder ”selve kravet”, for eksempel ved leveranse av en bil, og bilen blir utsatt for skade i tiden frem til domsavsigelsen. Det går imidlertid en grense for hvor skadet bilen kan bli før det blir mer naturlig å si at det blir vesentlig vanskeliggjort å fullbyrde kravet fordi bilen er kondemnert. Jeg er nok mest av den oppfatning at ordlyden ”sikre kravet” ikke er passende for alternativ 2. Jeg ser ingen grunn til å gå grundigere inn i den problemstillingen. Det er bare av betydning hvis uttrykket ”sikre kravet” er grunnlaget for forbudet, og som jeg straks kommer til er det ikke tilfelle etter min mening.

Etter å ha knyttet ”sikre” opp mot alternativ 1, gjengir kjæremålsutvalget ordlyden i alternativ 2, og ut i fra det kan det se ut som forskjellen mellom alternativ 1 og alternativ 2 ligger i ordlyden ”sikre et krav”, jf. alternativ 1, og ”midlertidig ordning” i alternativ 2. Dette eventuelle skillet omtales i kapittel 6, side 65, hvor forholdet mellom bokstav a og bokstav b behandles.

Ordlyden ”sikre krav” gir *uttrykk* for et forbud mot foregripelse, se punkt 4.4.3 side 44, samtidig som det etter min mening likevel *ikke utelukker* foregripelse, jf. samme punkt. Jeg er derimot tvilende til om ordlyden er *grunnlaget* for forbudet mot foregripelse, jf. punkt 4.4.4 side 45. Etter min mening er det derfor ikke grunnlag for å tillatte foregripelse av kravet ved alternativ 2, bare fordi kjæremålsutvalget har klart å skille alternativ 2 fra ordlyden ”sikre kravet”.

---

<sup>103</sup> Jf. Alten (1950) side 290 if. Vedrørende betydningen av alternativ 2 har tiden vist at Alten tok feil.

#### 4.4.3 Mer om uttrykket "sikre"

Ordet "sikre" kan ut fra kjennelsene i 1969 og 1973 se ut til å være sentralt for forbudet mot foregripelse av kravet. Men kan ordlyden alene medføre et absolutt forbud mot foregripelse av kravet? Tidligere stod "sikre" i innledningen til tvangsfuldbyrdelsesloven § 262, og står i dag i tvl. § 34-1 første ledd bokstav a.

En naturlig språklig forståelse av "sikre" kan på den ene siden være at en foregripelse av kravet er noe mer enn en sikring, og at det etter ordlyden derfor ikke er anledning til å avsi forføyninger som foregriper kravet. På den annen side vil det etter min mening fortsatt være en "sikring" av kravet, til tross for en foregripelse av det, dersom det er eneste mulighet for sikring. En forføyning som foregriper kravet, sikrer fullbyrdelsen og det er den beste formen for sikring. Har saksøker for eksempel krav på å dumpe avfall på saksøktes eiendom, hjelper det å holde av en plass til det på saksøktes eiendom, men den beste måten å sikre at avfallet kan bli dumpet der er å la saksøker gjøre det.

Jeg er nok likevel enig i at "sikre" trekker mest i retning av noe mindre enn en foregripelse av kravet, men ikke mer enn at det samtidig ikke er utelukket med en sikring av kravet i form av foregripelse, når det er behov for det i særlige tilfeller. Dersom fullbyrdelsen av kravet senere vil bli umulig eller vesentlig vanskeliggjort vil jeg hevde at en foregripelse av kravet "sikrer" kravet.

Rättegångsbalken kapittel 15, § 3 tillater også forføyninger for å "säkerställa sökandens rätt". Det er mulig at man i Sverige vil legge et annet meningsinnhold i ordet "säkerställa" enn det vi i Norge legger i "sikre", men jeg antar at det kan være relativt likt. I alle fall ut fra den språklige forståelsen. Den grunnleggende forståelsen om foregripelse av kravet er da også lik i svensk rett - en forføyning skal "säkerställa en meningsfull tvistemålsdom".<sup>104</sup> Likevel er det slik i svensk rett at:

---

<sup>104</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 82.

”’säkerställa ’ inte bara handlar om att på ett betryggande sätt bevara de nödvändiga förutsättningarna för en framgångsrik, framtida domsverkställighet. Säkerställa handlar märklit nog också om att föregripa domen genom att ge förordnandet om säkerhetsåtgärd i stort sett samma innehåll som den kommande domen. Denna extensiva tolkning av uttrycket ’säkerställa’ har sin grund i tanken att en dom kan göras meningslös eller mindre värd [...].”<sup>105</sup>

Kanskje er den tolkningen kjæremålsutvalget la til grunn i 1969-kjennelsen en innskrenkende tolkning av ”sikre”, kanskje innebærer min oppfatning en utvidende tolkning. Uansett kan ikke ordlyden ”sikre” etter min mening benyttes som argument for et *absolutt* forbud mot forføyninger som foregriper kravet.

#### 4.4.4 Kan det legges stor vekt på uttrykket ”sikre”?

Etter min mening er det grunn til å være forsiktig med å legge for stor lit til at begrunnelsen for forbudet utelukkende ligger i ordlyden ”sikre”. Da kunne og burde Høyesterett i 1969 ha knyttet argumentasjonen nærmere opp mot ordlyden. Jeg tror ikke at ordlyden ”sikre” var grunnlaget for den forståelsen kjæremålsutvalget ga uttrykk for i 1969-kjennelsen.

Grunnlaget er trolig det mer prinsipielle skillet mellom en midlertidig forføyning og en dom for kravet. Dette underliggende forholdet kommer ikke direkte til uttrykk noe sted, slik at en forankring i tvfl. § 262 kan ha vært like god som en annen forankring. Det beste hadde nok vært å spesifisert grunnlaget.

1969-kjennelsen må ses i perspektiv av 1960-kjennelsen. Høyesterett har tross alt vist til den selv og ment at det er en sammenheng der. Etter min mening omhandlet 1960-kjennelsen noe så grunnleggende som at en midlertidig forføyning ikke skal avgjøre kravet. I en forføyningssak skal retten vurdere kravet men ikke avsi kjennelse om det. I 1969-kjennelsen ble dette utvidet til også å gjelde forføyninger som i realiteten avgjør kravet. Problemet er at kjæremålsutvalget i 1973-kjennelsen legger opp til en forståelse om at ordlyden ”sikre” er det sentrale for forbudet, fordi ”sikre” gjelder for alternativ 1 og ikke alternativ 2. Etter min mening forsvinner da det perspektivet avgjørelsen i 1969-kjennelsen ble avsagt på grunnlag av. Fra å ha pekt på den grunnleggende forskjellen mellom

---

<sup>105</sup> Jf. Westberg (2004) bok 1, side 84.

midlertidig forføyning og dom, jf. kjennelsen i 1969, har Høyesterett knyttet forbudet mot foregripelse nærmere opp mot ordlyden i tvfl. § 262 og formålet med midlertidig forføyning, jf. kjennelsen i 1973 – et formål Høyesterett i tillegg har isolert til kun å gjelde alternativ 1.

Formålet ved sikringsgrunn bokstav a er å sikre kravet til saksøker med tanke på senere rettergang. I dette kan det sies å ligge et uttrykk for en begrensning om ikke å foregripe kravet. Det kan virke noe tilfeldig at formålet med forføyningen ved sikringsgrunn bokstav a gir uttrykk for den begrensningen som ligger i forholdet mellom midlertidig forføyning og dom. Det skyldes at bokstav a i sitt innhold er rettet mot fullbyrdelsen av kravet på domstidspunktet. Bokstav b har ikke den samme vinklingen. Ved dette alternativet er formålet kun å unngå skade i mellomtiden, slik at forholdet til domsavsigelsen ikke blir en like naturlig del av vurderingen ved bokstav b.

Ved å bare fokusere på formålet ved sikringsgrunnene, kan det lettere tillates foregripelse av kravet ved bokstav b, enn det som hadde vært tilfelle hvis forføyningen hadde blitt vurdert i forhold til domsavsigelsen. Dog må det sies at det også i ordlyden i bokstav b, etter min mening, ligger begrensninger for foregripelse av kravet. Se punkt 5.3, side 62.

Feilen ved å knytte forbudet utelukkende opp mot ordlyden ”sikre”, viser seg ved at man kan flytte, endre eller fjerne ordlyden, men det endrer ikke forholdet mellom midlertidige og endelige avgjørelser, jf. henholdsvis midlertidig forføyning og dom.

#### 4.4.5 Var Rt. 1973 side 767 motstridende til Rt. 1969 side 1402?

I 1973-kjennelsen konstaterer kjæremålsutvalget forholdet mellom den frie adgangen til foregripelse ved alternativ 2, og forbudet som ble uttalt i 1969-kjennelsen, slik:

”Denne tolking kan ikke anses å stå i strid med Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt.-1969-1402”

Det var vanskelig å forstå henvisningen fra 1969-kjennelsen til 1960-kjennelsen. For meg er det uklart hvordan tolkningen i 1973-kjennelsen kan sies å ikke stå i strid med 1969-kjennelsen. En måte å se de to kjennelsene på er at det i 1969 ble oppstilt et generelt forbud mot foregripelse av kravet, og at alternativ 2 ble utelatt fra forbudet i 1973. Da vil det være

delvis motstrid mellom de to kjennelsene, som går ut på uenighet om hvor langt forbudet rekker.

En annen måte å se det på, og som jeg tror er mer riktig, er at kjæremålsutvalget i 1973 ikke bare trakk ut alternativ 2 fra forbudet, men aktivt omformulerte uttalelsene fra 1969. Således var det i 1973 ikke bare uenighet om hva som ble omfattet av forbudet, men også uenighet om grunnlaget for forbudet. Herunder kan det heller ikke ses bort fra at ”uenigheten” skyldtes usikkerhet om den egentlige begrunnelsen til kjæremålsutvalget i 1969.

Som en følge av uttalelsene i 1973-kjennelsen hvor forbudet ble knyttet opp mot alternativ 1, har forståelsen senere blitt at *1969-kjennelsen omhandlet alternativ 1*, jf. Rt. 1981 side 910, se side 47. Det vil si at 1969-kjennelsen har blitt forstått til å ha omhandlet vilkårene for sikringsgrunn alternativ 1, og at kjæremålsutvalget ved dette alternativet kom til at forføyningen ikke kan foregripe kravet. Ut fra en slik forståelse gir uttalelsene i 1973-kjennelsen mening – det som var uttalt litt uklart i 1969 ble bare fremstilt klarere.

Det er noe vanskelig å tolke den korte 1969-kjennelsen, men å forstå den slik som det impliseres i 1973-kjennelsen og konkluderes i Rt. 1981 side 910, er etter min mening ikke treffende, jf. punkt 4.3.2 side 36. Det gir heller ikke et positivt bidrag til rettstilstanden, annet enn å legitimere de to sist nevnte kjennelsene slik at de fremstår som korrekte.

Mitsem (1992) er den eneste jeg har sett som har vært kritisk til en forståelse om at 1969-kjennelsen omhandlet alternativ 1. Han påpeker at 1969-kjennelsen hadde parallelt faktum med 1973-kjennelsen, og som denne kjennelsen omhandlet også 1969-kjennelsen *alternativ 2*. Mitsem har, etter min mening, hatt et godt grunnlag for å være kritisk. Som Mitsem påpekte ble den påkjærte forføyningen fra lagmannsretten avsagt med grunnlag i alternativ 2, for å avverge vesentlig skade eller ulempe.<sup>106</sup> Dersom det skal diskuteres om 1969-kjennelsen omhandlet alternativ 1 eller alternativ 2, er svaret klart – alternativ 2. I så fall blir motstriden med 1973-kjennelsen total. Jeg er av den oppfatning at 1969-kjennelsen

---

<sup>106</sup> Jf. Mitsem (1992) side 156. At Rt. 1969 side 1402 omhandlet alternativ 2 ser ut til å være hovedargumentet til Mitsem. Mitsem har sitert lagmannsrettens avgjørelse, jeg har selv fått tilgang til avgjørelsen og det er ingen tvil om at forføyningen ble avsagt med bakgrunn i alternativ 2. Men Mitsem har også vært inne på at Høyesterett kan ha ment at forbudet mot foregripelse måtte gjelde generelt, se side 154,156 og 159.

ikke omhandlet noen av de alternative sikringsgrunnene. Jeg ser derfor ingen grunn til å forfølge en slik argumentasjon.

#### 4.5 Rt. 1981 side 910

Saken omhandlet saksøkers begjæring om utlevering av salgsmelding på en del biler på grunn av det tap som ville oppstå om dette ikke ble gjort.<sup>107</sup>

Den usikkerhet om forståelsen av forbudet som eventuelt fantes etter 1973-kjennelsen blir feid til side av kjæremålsutvalget i Rt. 1981 side 910. De noe uklare uttalelsene i 1973, om tvfl. § 262 alternativ 1 og forholdet til 1969-kjennelsen, blir plutselig klare.

I denne saken opphevet kjæremålsutvalget lagmannsrettens avgjørelse. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det ikke var adgang til å ta begjæringen til følge, jf. 1969-kjennelsen.

Kjæremålsutvalget mente imidlertid at kjennelsen fra 1969 omhandlet alternativ 1, og at kjærende part hadde ment å påberope seg alternativ 2. Om 1969- og 1973-kjennelsen ble det uttalt:

”[Rt. 1969 side 1402] er imidlertid knyttet til avgjørelser om midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdsloven § 262 nr.1. [...] Nå har Høyesteretts kjæremålsutvalg i en kjennelse inntatt i Rt. [...] 1973 767 lagt til grunn at den begrensning som avgjørelsen i 1969 setter for anvendelsen av § 262 nr. 1 ikke gjelder ved nr. 2.”

Jeg registrerer at kjennelsen trolig har blitt tatt til inntekt for en oppklaring av rettstilstanden.<sup>108</sup> Etter dette var rådende oppfatning i rettspraksis at det forelå et forbud mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, og at dette ikke gjaldt sikringsgrunn bokstav b.<sup>109</sup> Siden har kjærmålsutvalget forholdt seg til dette.

---

<sup>107</sup> Jf. Mitsem (1992) side 158. Faktum er ikke gjengitt i kjennelsen.

<sup>108</sup> Flock (1986) side 586 mener Rt. 1981 side 910 forklarer hvorfor 1973-kjennelsen – om den frie adgangen til foregripelse ved bokstav b – ikke var i strid med det forbudet mot foregripelse som 1969-kjennelsen hadde gitt uttrykk for. Grunnen var at 1969-kjennelsen omhandlet bokstav a, som det fremkom i Rt. 1981 side 910.

<sup>109</sup> Se for eksempel Rt. 1987 side 242.

Etter min mening gjør ikke Rt. 1981 side 910 annet enn å støtte oppunder den forståelsen som det ble gitt uttrykk for i 1973, om at de innledende ordene i tvfl. § 262 kun omhandlet alternativ 1. Når det nå er ”avklart” at den opprinnelige kjennelsen som omtalte at forføyningen bare skal sikre kravet og ikke foregripe det, 1969-kjennelsen, faktisk omhandlet alternativ 1 – så tilsier det at kjæremålsutvalgets beskrivelse i 1973-kjennelsen var presis. Med kjennelsen fra 1981 var det ikke lenger muligheter for misforståelser.

Jeg er av den oppfatning at uttalelsene om 1969-kjennelsen ikke var riktig. I Rt. 1981 side 910 manifesterte kjæremålsutvalget kun en tidligere misforståelse.<sup>110</sup>

Ved tolkning av avtaler kan det legges vekt på partenes forutsetninger. Det kan imidlertid være vanskelig å finne frem til forutsetningene, de kan for eksempel konstrueres i ettertid når parten ser hva en hadde vært tjent med å ha som en forutsetning. Arnholm har betegnet dette som ”bakutsetninger”.<sup>111</sup> Jeg har en fornemmelse om at uttalelsene i Rt. 1981 side 910 kan være konstruerte på samme måte, for å rette opp tidligere uklarheter.

#### 4.6 De første kjennelsenes argumentasjonsverdi

I 1969, 1973 og 1981 sier kjæremålsutvalget kort og godt hva de mener er gjeldende rett, men *begrunner* det ikke i særlig grad. Det er ikke til å komme bort fra at det skaper problemer for tolkningen av kjennelsene i ettertid. Samtidig er argumentasjonen sentral for overbevisningskraften.

I utgangspunktet er det ingen dramatikk i at Høyesterett endrer rettsoppfatning fra tidligere avgjørelser. Således er det etter min mening ikke særlig oppsiktsvekkende at det ble oppstilt et generelt forbud mot foregripelse av kravet i 1969-kjennelsen, og at alternativ 2 ble holdt utenfor forbudet i 1973-kjennelsen. Uensartet og vaklende praksis i Høyesterett svekker likevel forståelsen av hva som er grunnlaget for forbudet, og dermed også overbevisningskraften i forbudet mot foregripelse av kravet. 1973-kjennelsen og Rt. 1981 side 910 bidrar således til å danne et bilde av vaklende praksis.

---

<sup>110</sup> Se også Mitsem (1992) side 159 og 160. Dersom 1969-kjennelsen skal ha omhandlet ett alternativ, må det ha vært *alternativ 2*, se side 49.

<sup>111</sup> Se Woxholth (2003) side 443.

Forbudet mot foregripelse av kravet hadde etter min mening stått sterkere dersom kjæremålsutvalget i 1973 hadde sagt at kjæremålsutvalget hadde tatt feil da de i 1969 uttalte et generelt forbud mot foregripelse av kravet, jf. tvfl. § 262. Dette i stedet for å bortfortolke motstriden, og deretter å konstatere at de ikke kan se at det forelå noen motstrid med 1969-kjennelsen. Det sistnevnte virker lite overbevisende.

Et grunnleggende problem med ”avklaringen” i 1981, om at 1969-kjennelsen omhandlet alternativ 1, er at den er vanskelig å forstå. Leser man kjennelsen i 1969 er det vanskelig å finne holdepunkter for å kunne konkludere med at kjennelsen behandlet sikringsgrunn alternativ 1 i tvfl. § 262, slik kjæremålsutvalget konkluderte i 1981.

Det finnes mange gode grunner til å følge uttalelser fra Høyesterett, enten man ser seg enig eller uenig. Etter min mening forutsettes det likevel som et minimum at det er hold i det Høyesterett har gitt uttrykk for. Dersom det ikke er mulig å forstå hvordan Høyesterett har kommet frem til sine uttalelser, blir det til slutt vanskelig å unngå å antyde at Høyesterett kan ha tatt feil. Jeg har vanskelig for å forstå hvordan Høyesterett kunne konkludere med at kjennelsen fra 1969 omhandlet tvfl. § 262 alternativ 1.<sup>112</sup>

Det er mulig at 1973- og 1981-kjennelsene reduserte betydningen av 1969-kjennelsen. Det som i 1969 ble uttalt som et klart generelt forbud (dog noe uklart hvordan det var begrunnet) har blitt endret på en lite overbevisende måte, noe som medfører at forbudet mister litt av sin tyngde.

#### 4.7 Andre rettskilder og synspunkter

##### 4.7.1 Ot.prp. nr. 65 (1990-1991)

Det sentrale forarbeidet til tvangsfullbyrdelsesloven av 1992 er Ot.prp. nr. 65 (1990-1991). Selv om det hevdes i dag, er jeg av den oppfatning at rettstilstanden vedrørende forbudet mot foregripelse av kravet ikke kunne betegnes som avklart i 1990.<sup>113</sup> I 1979 påpekte Falkanger

---

<sup>112</sup> Mitsem (1992) side 159 mener uttalelsen i Rt. 1981 side 910 er positivt uriktig. Flock (1986) side 586 mener kjennelsen i 1981 oppklarer tidligere vakling i rettspraksis.

<sup>113</sup> Som hevdet i siste utgave av Falkanger m.fl. (2008) side 1154. Det ble imidlertid ikke gitt uttrykk for det samme i tidligere utgaver i 1992, 1995 eller 2002.



vaklende rettspraksis i sitt utkast til ny tvangsfullbyrdelseslov, og Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) bygger blant annet på dette utkastet.<sup>114</sup> Falkanger (1979) skrev i sitt utkast til proposisjon (min tilføyning):<sup>115</sup>

”Om forståelsen av gjeldende lovs nr. 1 og nr. 2 har det rådet en del uklarhet, jf.r. kjennelser av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1960 side 765 og Rt. 1969 side 1402. [...] Departementet forutsetter at § 9-13 [§ 34-1] skal tolkes i samsvar med de prinsipielle uttalelser i kjennelsen fra 1973, og slik at de to eldre kjennelser ikke lenger er av interesse.”

Hva de prinsipielle uttalelsene i 1973-kjennelsen tilsier, er etter min mening ikke helt opplagt. Falkanger kunne med fordel ha klargjort det, slik at det fra da av var klart hva som var gjeldende rett. Hvordan blir egentlig rettstilstanden om en ser helt bort fra avgjørelsen fra 1969, men følger avgjørelsen fra 1973?

På bakgrunn av Falkangers utkast hadde vel departementet de beste forutsetninger for å komme med noen klargjørende uttalelser om forbudet mot foregripelse av kravet i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991). Jeg kan ikke se at lovgiver tok vare på den muligheten. Det nærmeste lovgiver kom en omtale av forbudet mot foregripelse av kravet, var i de generelle merknadene til tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 15. Om hva en forføyning kan gå ut på, uten å knytte det til hverken bokstav a eller b, ble det uttalt (min understrekning):<sup>116</sup>

”At slike tilstandsendringer i sitt resultat vil innebære ikke alene en sikring, men også en faktisk fullbyrding av rettighethaverens krav, er akseptert i rettspraksis ( Rt-1973-767 og Rt-1981-910 ).”

Er det slik å forstå at det er forbudt med enhver form for foregripelse ved sikringsgrunn bokstav a?

---

<sup>114</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 14-15. Jeg kan ikke se at rettstilstanden kan ha blitt klar i tidsrommet mellom Falkangers utkast og Ot.prp. nr. 65 (1990-1991). Rt 1981 side 910 kom i det tidsrommet, men kan ikke ha utrettet underverker, selv om den kanskje er forstått slik.

<sup>115</sup> Jf. Falkanger (1979) bind a, side 276 og 277.

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 291.

I de generelle merknadene blir det også uttalt at et krav om tvangsgrunnlag ville medføre at det ikke var mulig å yte rask hjelp, ettersom det ofte ikke oppnås før ved dom. På den annen side (min understrekning):<sup>117</sup>

”er det på det rene at en rask fullbyrding uten at tvangsgrunnlag foreligger innebærer usikkerhetsmomenter.”

Derfor bygger loven på en avveining mellom saksøker og saksøktes interesser. Kan man forstå det slik at det er adgang til en rask fullbyrdelse av kravet ved midlertidig forføyning, etter en vurdering av saksøkers og saksøktes behov og interesser? Eller skal man ut fra det forstå at det uansett er forbudt ved sikringsgrunn bokstav a?

Videre omtales det at forføyningen ikke må gå lenger enn nødvendig og at den har et defensivt mål, men at det kan være aktuelt å rive en oppført bygning i unntakstilfeller.<sup>118</sup>

Deretter kommer det en uttalelse i merknadene til tvfl. § 15-2 som kanskje kan trekke i retning av et forbud mot foregripelse ved sikringsgrunn bokstav a:<sup>119</sup>

”Det kan tenkes at kravet eller rettigheten allerede er krenket, eller at den ordningen som kreves etablert, iallfall ikke fullt ut kan sies å ha et defensivt siktemål. Når dette er tilfellet, kan rettighetshaveren være hjulpet av bokstav b.”

Har lovgiver med det ment å gjøre det klart at det foreligger et forbud mot foregripelse av kravet ved bokstav a? Kan ikke en foregripelse av kravet være et defensivt virkemiddel, som svar på saksøktes handlinger som ser ut til å medføre at fullbyrdelsen av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort? Og bokstav b kan altså motsetningsvis brukes som et *aktivt* virkemiddel i omtvistede rettsforhold?

Etter min mening er utsagnene i vageste laget for å kunne tilsi at lovgiver ønsket et forbud mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a.<sup>120</sup> Jeg savner en henvisning til 1969-kjennelsen, som var den kjennelsen som oppstilte forbudet mot foregripelse. Når det

---

<sup>117</sup> Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 289.

<sup>118</sup> Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 291.

<sup>119</sup> Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 292.

<sup>120</sup> Mitsem (1992) side 164, mener uttalelsene er ”forbausende avdempede”.

ikke er gjort kan det være at lovgiver har fulgt Falkangers uttalelser om å ikke anse 1969-kjennelsen som rettslig relevant lenger. Hvordan rettstilstanden da skal forstås har lovgiver, på lik linje med Falkanger, overlatt til rettsanvenderen å finne ut av. Slik jeg ser det har Høyesterett allerede bestemt seg, og ser ut til å holde fast ved det.

#### 4.7.2 Formålet som begrunnelse for at formålet ikke kan oppnås

Slik jeg forstår 1973-kjennelsen, blir formålet om å sikre kravet brukt som begrunnelse for forbudet mot foregripelse av kravet. Da kan kjæremålsutvalget ikke ha tenkt på at en foregripelse av kravet i enkelte tilfeller vil være eneste mulighet for en sikring av kravet. Hvis en foregripelse av kravet er eneste mulighet for en sikring av det, vil et forbud mot foregripelse medføre at formålet om å sikre kravet til saksøker ikke kan oppnås. Resultatet av at formålet om å sikre kravet samtidig er begrunnelsen for forbudet mot foregripelse, er at formålet blir brukt som begrunnelse for at formålet i enkelte tilfeller ikke er mulig å oppnå. I et slikt perspektiv kan det høres ut som om det absolutte forbudet mot foregripelse er dårlig begrunnet.

#### 4.7.3 Historien om uttrykket ”sikre”

Ordlyden ”sikre et krav” stod i innledningen til § 262 i tvangsfuldbyrdelsesloven av 1915. Ved lovendringen i 1992 ble imidlertid innledningen fjernet, og uttrykket ”sikre” ble flyttet inn som et vilkår i bokstav a. Uttrykket ”sikre” gikk fra å ha vært en generell innledning til begge de alternative sikringsgrunnene, til å bli knyttet opp mot bare det ene alternativet.<sup>121</sup> I 1969-kjennelsen ble, som tidligere nevnt i punkt 4.3.2.2 side 38 og 4.4.4 side 45, ordlyden brukt for å gi uttrykk for et generelt forbud mot forføyninger som foregriper kravet, jf. tvfl. § 262.

I kjennelsene fra 1973 og 1981 ble imidlertid ordlyden ”sikre” omtalt i sammenheng med alternativ 1 i tvfl. § 262.

---

<sup>121</sup> Se også Mitsem (1992) side 138 if.

Falkanger (1979) foreslo å utelate formålsangivelsen ”for å sikre et krav” fra hele bestemmelsen.<sup>122</sup> Lovgiver fulgt ikke opp dette, men flyttet heller ordlyden ned i sikringsgrunn bokstav a. Dermed ble tvfl. § 15-2 ”noe annerledes utformet” enn tvfl. § 262, men noen ”realitetsendring var ikke tilsiktet”.<sup>123</sup>

Hadde det ikke vært for den ”avklarende” kjennelsen i Rt. 1981 side 910 er jeg ikke sikker på om lovgiver ville fulgt avgjørelsen i 1973, og flyttet uttrykket ”sikre” fra innledningen i tvfl. § 262 til bokstav a i tvfl. § 15-2. For ved å gjøre det anerkjente lovgiver, etter min mening, avgjørelsen fra 1973 som gjeldene og da presumptivt riktig rett.

#### 4.7.4 Opprettholdelsen av forbudet – Grundig behandlet og godt begrunnet?

I 1992 kom Mitsem med kritikk av forbudet og, etter min mening, jf. fremstillingen ovenfor, er grunnlaget for et absolutt forbud relativt lite overbevisene. Som Mitsem skrev i sitt forord, i forbindelse med ikrafttreddelsen av tvfl. av 1992:

”Det kan [...] være en god anledning til å stanse opp og gjøre opp bestikken med tanke på den videre seilas.”

Etter min mening benyttet ikke lovgiver anledningen til å ”gjøre opp bestikken” i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991), jf. punkt. 4.7.1, side 50. Men hvordan er rettsstilstanden nå? Rettsstilstanden er vel etablert, men har forbudet mot foregripelse blitt ytterligere eller bedre behandlet siden 1992, slik at forbudet i dag har en bedre begrunnelse og større overbevisningskraft?

Det har vel formodningen mot seg at Høyesterett ikke kommer med sin beste begrunnelse med en gang. Og så lenge reglene ikke har blitt endret i ettertid, slik at det eventuelt hadde kommet tilskudd av nye argumenter for forbudet, er det vanskelig å begrunne en rettsregel bedre i ettertid. Men begrunnelsene var, om enn ikke fraværende, så i hvert fall begrensede allerede i de første sentrale kjennelsene. Slik at det skulle være rom for å konstruere gode begrunnelser i ettertid, som støtter oppunder forbudet mot foregripelse av kravet.

---

<sup>122</sup> Jf. Falkangers utkast til ny tvangsfylldelseslov (1979) bind a, side 277.

<sup>123</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 292.

Høyesterett fikk sjansen til å begrunne forbudet i en kjennelse i 1997, jf. HR-1997-528-k. Se punkt 7.3, side 76. Saksøkerne anførte at det måtte være feil at det var et forbud mot foregripelse ved bokstav a. Lagmannsretten hadde gjort et forsøk på å begrunne forbudet ved å trekke inn formålet med midlertidig forføyning etter tvfl. §15-2 bokstav a. I sin behandling av lagmannsrettens uttalelser, åpnet Høyesterett for foregripelse av kravet i de tilfellene det ville være nødvendig for å oppnå formålet i bokstav a.

Deretter følger det flere kjennelser fra Høyesterett som legger til grunn et absolutt forbud mot foregripelse av kravet, og som således ikke følger opp uttalelsene i HR-1997-528-k. Se for eksempel Rt. 1998 side 139, Rt. 2002 side 108 og Rt. 2002 side 123.

#### 4.7.5 Rt. 2009 side 154

I 2009 fikk Høyesterett igjen anledning til å uttale seg om forbudet mot foregripelse av kravet, da ankende part hevdet det var behov for å revurdere tidligere forståelse, jf. Rt. 2009 side 154. Lagmannsretten hadde lagt til grunn et absolutt forbud mot foregripelse av kravet, og således avslått bokstav a som anvendelig sikringsgrunn.

En rekke tilfeldigheter gjorde at jeg fikk anledning til å bistå ankende part ved deres utforming av anken til Høyesterett. Etter å ha lest kjennelsen til lagmannsretten,<sup>124</sup> tok jeg kontakt med saksøkers advokat hvor jeg ga uttrykk for at det absolutte forbudet mot foregripelse av kravet ved bokstav a, slik det ble uttrykt av lagmannsretten, kanskje ikke var så godt gjennomtenkt. Lagmannsrettens kjennelse ble anket og således har en del av argumentasjonen i denne oppgaven blitt forelagt kjæremålsutvalget i Rt. 2009 side 154. Men ettersom spørsmålet, om det i det hele tatt kunne gjelde et forbud mot foregripelse av kravet, tidligere var prøvet for Høyesterett, jf. HR-1997-528-k, gikk argumentasjonen i anken ut på at det fantes, og burde være, *unntak* fra en slik *hovedregel*.<sup>125</sup>

Saken omhandlet krav om tildeling av vedlikeholdsoppdrag på ulike skoler. Et entreprenørselskap (saksøker) begjærte midlertidig forføyning for at Oslo kommune

---

<sup>124</sup> Se LB-2008-161940.

<sup>125</sup> Således var argumentasjonen i anken ikke at det *er* anledning til å foregripe kravet, som i oppgaven her, men at det at det var, og burde være, muligheter for *unntak*.

(saksøkt) pliktet å tildele saksøker oppdrag i en gitt periode i henhold til en tidsbegrenset rammeavtale. Saksøker anførte at forbudet mot foregripelse, slik det ble lagt til grunn av lagmannsretten, for så vidt var i overensstemmelse med rådende rettsoppfatning fra lengre tids høyesterettspraksis, men at grunnlaget for forbudet var tvilsomt og at det uansett var behov for å åpne for unntak. Saksøkte bestred dette og viste til langvarig rettspraksis, og at et slikt spørsmål uansett måtte løses av lovgiver.

Kjæremålsutvalget mente at det var tilstrekkelig til å forkaste begjæringen, å vise til langvarig rettspraksis:

”Det er en langvarig rettspraksis for at en midlertidig forføyning som foregriper fullbyrdelsen av [...]kravet, må forankres i det som i dag følger av tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b”.

Etter min oppfatning tok ikke kjæremålsutvalget stilling til saksøkers anførsel om behov for unntak og åpning for konkrete vurderinger. I anken ble lagmannsretten strengt tatt ikke kritisert for å ha tolket loven feil - det var liten tvil om at lagmannsretten hadde lagt til grunn det som var rådende rettsoppfatning i praksis og litteratur. Da kjæremålsutvalget bare viste til tidligere rettspraksis ble det ikke gitt uttrykk for kjæremålsutvalgets behandling av problemstillingen til saksøker.

Det kan likevel hevdes at kjæremålsutvalgets uttalelser tilsier at forbudet mot foregripelse er praktisert som et absolutt forbud, og at kjæremålsutvalget vil opprettholde dette. Ut fra dette hadde det vært meget interessant å høre begrunnelsen.

#### 4.7.6 En parallell til behandlingen av utenlandske filialers partsevne i rettspraksis

Et annet rettsområde hvor det forelå tilsvarende langvarig ensidig rettspraksis, var vedrørende partsevnen til filialer av utenlandske foretak i sivile saker. I en lang rekke avgjørelser hadde slike filialer hatt partsevne. I Rt. 2008 side 1730 uttalte førstvoterende dommer Skoghøy (mine understrekninger): <sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Jf. Rt. 2008 side 1730, premiss 39.

”Ankemotparten har vist til at det finnes en lang rekke avgjørelser av Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg hvor filialer av utenlandske foretak som driver annen virksomhet enn forsikring, er blitt behandlet som part. For filialer som driver finansieringsvirksomhet, har man avgjørelsene i Rt-2005-1229, Rt-2005-1511 og Rt-2007-945. Av avgjørelser som gjelder filialer som verken driver forsikrings- eller finansieringsvirksomhet, kan nevnes Rt-1989-231, Rt-1993-766, Rt-2006-1525, Rt-2008-1153 og kjennelse 31. oktober 2007 ( HR-2007-1831-U). Bortsett fra i avgjørelsen i Rt-2005-1229 er imidlertid spørsmålet om partsevne ikke problematisert. Selv om partsevne er en absolutt prosessforutsetning som domstolene skal håndheve av eget tiltak, kan derfor den praksis som foreligger, ikke tillegges særlig vekt.”

Dommer Gussgard og Gjølstad som tilsluttet seg førstvoterende i den saken, må ha ment at forbudet mot foregripelse av kravet var bedre begrunnet i rettspraksis enn det som var tilfelle for partsevnen til filialer av utenlandske selskaper, ettersom de tilsynelatende må ha følt seg bundet av tidligere praksis da de avsa kjennelsen i Rt. 2009 side 154.<sup>127</sup>

En forskjell mellom de to rettsområdene er at ved forbudet mot foregripelse har det faktisk blitt reist spørsmål for Høyesterett om forbudet kan være riktig. Likevel vil jeg hevde at Høyesterett ikke har gitt uttrykk for en problematisering av forbudet. Forbudet har blitt problematisert av partene, jf. HR-1997-528-k og Rt. 2009 side 154<sup>128</sup> – Høyesterett har svart at slik skal det være.<sup>129</sup>

Uttalelsen i Rt. 2008 side 1730 kan tilsi at vekten av de kjæremålsavgjørelsene som legger forbudet mot foregripelse til grunn er noe begrenset.

---

<sup>127</sup> Dommer Gussgard, Gjølstad og Bruzelius, satt i ankeutvalget som behandlet anken i Rt. 2009 side 154. De to førte nevnte var også med i avdelingen som avgjorde Rt. 2008 side 1730.

<sup>128</sup> I Rt. 1994 side 291 ble den frie adgangen til foregripelse ved sikringsgrunn bokstav b problematisert av saksøkte. Behandlingen av kjæremålsutvalget var ikke bedre enn det som er tilfelle i de sakene hvor forbudet mot foregripelse er problematisert.

<sup>129</sup> Selv om kjæremålsutvalget ikke begrunnet sine uttalelser i HR-1997-528-k, så ga de etter min mening uttrykk for riktig rettsoppfatning da problemstillingen først ble presentert for dem. Se punkt 4.7.4, side 54 og 7.3.1, side 76. Dessverre har kjennelsen i ettertid blitt forbigått i stillhet.

#### 4.7.7 Det tidligere forbudsinstituttet

Før tvangsfuldbyrdelsesloven av 1915 innførte regler om midlertidig forføyning hadde vi regler om *forbud* i norsk rett, jf. Kong Christian den Femtis Norske Lov, 1-19-22.<sup>130</sup> Til forskjell fra midlertidig forføyning kunne man med forbud kun forby saksøktes rettstridige handlinger. Dersom saksøker hadde et krav om at saksøkte ikke skulle foreta visse handlinger, kunne det nedlegges forbud mot at saksøkte foretok handlingene. Men er ikke det en foregripelse av kravet? Saksøker eier en skog, og har krav på at naboen ikke hugger trærne i skogen. Et forbud mot at naboen hugger i skogen, vil være likelydende med det dommen ville gått ut på dersom den kunne blitt avsagt i tide. Saksøker får allerede ved forbudet oppfylt sitt krav om at naboen skal holde seg unna. Dommen foregripes derfor ved forbudet.

Reglene om midlertidig forføyning fikk utvidet anvendelse i forhold til det tidligere forbudsinstituttet, ettersom det i tillegg til forbud også var anledning til å pålegge saksøkte å foreta visse handlinger, eller tåle saksøkers handlinger. Det var i hvert fall ikke meningen å innskrenke det tidligere forbudsinstituttet.<sup>131</sup> Men vil ikke forbudet mot foregripelse medføre nettopp en innskrenkning i forhold til det tidligere forbudsinstituttet? Der det tidligere var mulig å nedlegge forbud mot rettstridige handlinger, kan det i dag være forbudt ved sikringsgrunn bokstav a, dersom forføyningen foregriper kravet.

#### 4.7.8 Gjenopprettelse av tidligere tilstand

Frem til 1992 inneholdt tvangsfuldbyrdelsesloven § 262 alternativ 1 tillegget ”særlig ved en forandring i den bestående tilstand”, se punkt 1.3.1, side 7. Tillegget hadde nok egentlig ikke særlig betydning annet enn som eksempel på situasjoner hvor midlertidig forføyning var særlig aktuelt eller burde tillates. Men vil ikke en gjenopprettelse av tidligere tilstand kunne medføre en foregripelse av kravet? I de situasjonene hvor saksøkte gjør en handling han tidligere ikke har gjort, eller unnlater å gjøre de handlinger han tidligere har foretatt, kan

---

<sup>130</sup> Se Schweigaard (1885) side 1-113 hvor arrest og forbud behandles, se også Mitsem (1992) side 29-31.

<sup>131</sup> Det fremgår blant annet av lovendringen i 1927 hvor det ble oppdaget at en redaksjonell endring i ordlyden før vedtakelsen av loven i 1915 medførte at det ikke lenger kunne nedlegges forbud mot rettstridige handlinger.



kravet til saksøker være en fortsettelse av tidligere tilstand. Hvis den tidligere tilstanden kan gjenopprettes ved en midlertidig forføyning, så foregripes også kravet. For eksempel hvis saksøker har krav på en løpende leveranse av en vare fra saksøkte, og saksøkte stanser leveransen, vil en forføyning som tvinger saksøkte til å gjenopprette leveransen foregripe kravet. Jeg tror en gjenopprettelse av tidligere tilstand typisk vil kunne innebære en foregripelse av kravet, som i eksemplet over. Et eksempel hvor det ikke vil innbære en foregripelse av kravet kan være der saksøker har krav på at saksøkte skal levere en vare til saksøker om ett år. Hvis varen skal stå på lager frem til da, men saksøkte har flyttet varen for å selge den til tredjemann, vil en gjenopprettelse av tidligere tilstand ikke foregripe kravet på leveranse. Saksøkte blir kun pålagt å sette varen tilbake på lageret, noe som sikrer kravet på leveranse.

Et absolutt forbud mot foregripelse av kravet var ikke i overensstemmelse med denne ordlyden. Det kan hevdes at dette ikke lenger har noen betydning ettersom ordlyden ble fjernet i 1992, og at det kan tilsi at lovgiver ville ha et absolutt forbud mot foregripelse av kravet. Samtidig ble det påpekt i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) at det ikke var til hensikt å gjøre realitetsendringer,<sup>132</sup> slik at et bortfall av den tidligere ordlyden ikke kan tilsi at lovgiver mente å endre lovbestemmelsen.

## **5 Forståelsen av sikringsgrunn bokstav b**

### **5.1 Innledning**

Ved den mest ekstreme formen for foregripelse, som Westberg (2004) kaller ”ekte foregripelse”,<sup>133</sup> erstatter forføyningen dommen fullstendig og gjør at saksøker ikke lenger

---

<sup>132</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 292.

<sup>133</sup> Se punkt 8.4, side 92.

har behov for dommen. Et eksempel er en forføyning som går ut på riving av et hus. Etter at Westberg (2004) har omtalt dette, har han en note med henvisning til norsk rett.<sup>134</sup>

”Jf. norsk rett; Falkanger m.fl., Tvangsfullbyrdelsesloven, s. 1043, angående forføyning som foregriper fullgjørelse av hovedkravet. Författaren hävdar att det saknas lagstöd för [slike] säkerhetsåtgärder i denna lag 15 kap. 2 § 1 st punkt a, men väl stöd i punkt b (s 1044).”

Mer står det ikke om norsk rett i forbindelse med foregripelse av kravet. Foregripelse av kravet mangler støtte i bokstav a men har god støtte i bokstav b, observerer Westberg. Men det høres ikke ut som om han er helt overbevist.

På samme måte som det i rettspraksis ble trukket opp et absolutt forbud mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, ble det samtidig åpnet for foregripelse ved sikringsgrunn bokstav b, jf. 1973-kjennelsen.

I det følgende vil jeg se på praktiseringen av den frie adgangen til foregripelse ved bokstav b, og om adgangen til foregripelse har god forankring i ordlyden i bokstav b.

## 5.2 Rt. 1994 side 291

Saken gjaldt begjæring om midlertidig forføyning fra Fiskeoppdretternes Salgslag AL, dets konkursbo, om innsyn og kontroll av to oppdrettsselskaper. Saksøker anførte et krav på innsyn og begjærte midlertidig forføyning om gjennomføring av innsynsretten. Namsretten frifant de saksøkte, mens lagmannsretten påla de å medvirke til kontrollen. Begge de saksøkte påkjærte avgjørelsen blant annet med den begrunnelse at retten hadde tolket sikringsgrunn bokstav b feil - det var lagt til grunn en for vid tolkning. Den aktuelle forføyningen innebar en foregrepet og irreversibel fullbyrdelse av kravet, og en slik forføyning savnet hjemmel i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 15.

Kjæremålsutvalget forkastet kjæremålet. Det var anmodet om muntlig forhandling for Høyesterett i avdeling, men dette så kjæremålsutvalget ingen grunn til. Til tross for at forføyningen var identisk med kravet, og *ikke ville være midlertidig*, godtok

---

<sup>134</sup> Jf. Westberg (2004) bok 2, side 167, note 39.

kjæremålsutvalget forføyningen. Behandlingen av spørsmålet går over en drøy halvside i Rettstidende, og det er således i utgangspunktet rom for god behandling.

Først viser kjæremålsutvalget til at tvfl. § 15-8 (tvfl. § 34-3) sier at forføyningen kan gå ut på at saksøkte skal foreta, tåle eller unnlate en handling, slik at denne bestemmelsen ikke inneholder noen begrensning. Deretter vises det til at 1973-kjennelsen har fastslått at det ikke er noe i veien med at en forføyning foregriper kravet dersom sikringsgrunnen er bokstav b. Så vises det til Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) hvor det står at en foregripelse av kravet er akseptert i rettspraksis. Konklusjonen til kjæremålsutvalget er at de ikke kan se at saken står i prinsipiell annen stilling enn de tilfeller omhandlet i forarbeidene og tidligere rettspraksis. Dermed tillot kjæremålsutvalget forføyningen som foregrep kravet.

Selv om kjæremålsutvalget tilsynelatende har brukt litt plass på spørsmålet, er innholdet lite overbevisende. Kjæremålsutvalget begrunner ikke *hvorfor* det skal være anledning til å tilkjenne forføyninger som foregriper kravet ved sikringsgrunn bokstav b. Etter min mening ble saksøktes anførsler ikke kommentert av Høyesterett. Saksøkte påpekte problematikken ved at forføyningen blir *endelig*, at den fullbyrder kravet og derfor i realiteten avgjør det, og at forføyningen dermed erstatter dommen. Denne problematikken var ikke Høyesterett inne på. De viste kun til at gjeldende rett tidligere var forstått slik.

I denne saken var det ikke snakk om en forføyning som ville foregripe kravet på den måten at den ville gå ut på det samme som kravet *inntil domsavsigelsen*, jf. ”uekte” foregripelse, se punkt 8.2, side 90. Forføyningen som ga saksøker rett til innsyn hos saksøkte, medførte en fullstendig fullbyrdelse av kravet på innsyn. Det ville ikke gjenstå deler av kravet som måtte fullbyrdes ved dommen, jf. (helt) ”ekte” foregripelse punkt 8.4, side 92. At en forføyning kan få virkning som en dom og foreta en endelig avgjørelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav b, kan kanskje godtas. Det fremstår dog som noe merkelig når det samtidig er prinsipielt helt utenkelig med noen form for foregripelse ved sikringsgrunn bokstav a.

Etter min mening illustrerer kjennelsen i Rt. 1994 side 291, at heller ikke ved sikringsgrunn bokstav b har Høyesterett tatt inn over seg problemstillingen – bør en forføyning avgjøre en sak med endelig virkning?

### 5.3 "Midlertidig ordning"

Slik jeg forstår argumentasjonen i høyesterettspraksis, og som nå fremkommer av loven etter endringen av tvangsfullbyrdelsesloven i 1992, er sikringsgrunn bokstav a begrenset til å "sikre kravet" mens bokstav b tar sikte på å etablere en "midlertidig ordning", jf. tvl. § 34-1. Kanskje kan det hevdes at en midlertidig *ordning*, jf. bokstav b, tillater foregripelser av kravet i større grad enn midlertidig *sikring*, jf. bokstav a. Ut fra en naturlig språklig forståelse av "midlertidig ordning" har jeg likevel vanskelig for å se at det tillater forføyninger som medfører en *endelig* ordning. Kanskje ble det etablert en midlertidig ordning i 1973-kjennelsen hvor saksøkte kunne bli pålagt å stille lokaler til disposisjon. Men kan man si det samme om Rt. 1994 side 291? Var innsynset bare midlertidig?

Strengt tatt tilsier ordlyden "*midlertidig ordning*", etter min mening, at retten ikke kan avsi forføyninger som medfører ekte foregripelse av kravet, jf. punkt 8.4, side 92, eller uekte foregripelse som medfører en endelig løsning, jf. punkt 8.3, side 91.

Det er ikke opplagt at ordlyden "*midlertidig ordning*", jf. bokstav b, gir adgang til å foregripe kravet. Dette kan illustreres ved svensk rett. Det er også i svensk rett adgang til å avsi forføyninger som en midlertidig ordning i omtvistede rettsforhold. Det følger ikke direkte av rättegångsbalken 15 kap § 3, men Westberg (2004) gir klart uttrykk for at det kan gis midlertidig forføyning i slike tilfeller.<sup>135</sup> Det interessante er at slike forføyninger *hverken tar sikte på å sikre kravet, eller på å foregripe det*. Et eksempel kan være der valg av et styre i et selskap er ugyldig. Aksjonærene kan da ha et krav på nyvalg av styret. Det tar lang tid før kravet blir avgjort ved dom. Driften av selskapet, uten styre eller med feil personer i styret, kan påføre selskapet tap. Det kan da begjæres en midlertidig forføyning om at retten skal utnevne et midlertidig styre. En slik forføyning vil ikke sikre at kravet på nyvalg blir fullbyrdet senere, og det vil uansett være uproblematisk. Forføyningen vil heller ikke foregripe kravet om nyvalg - et nyvalg blir ikke gjennomført ved forføyning. Det eneste forføyningen innebærer er en midlertidig ordning av det omtvistede rettsforhold. Dette eksemplet er hentet fra Westberg (2004).<sup>136</sup> Men også Skeies (1940) eksempler på behov for

---

<sup>135</sup> Se Westberg (2004) bok 1, pkt. 3.8 side 100: "Provisorisk anordna det stridiga, materiella rättsförhållandet".

<sup>136</sup> Jf. Westberg (2004) bok 1, side 101.

sikring etter alternativ 2 (bokstav b) kan tyde på at han hadde en tilsvarende forståelse av ”midlertidig ordning” som Westberg.<sup>137</sup> Det ene eksemplet er tvist om utnyttelsen av en gjenstand, hvor gjenstanden som en midlertidig ordning blir utnyttet på en hensiktsmessig måte. I det andre eksemplet, om uenighet om driften av et selskap, foreslår Skeie å la en tredjemann styre selskapet som en midlertidig ordning.<sup>138</sup>

#### 5.4 Er det mer kvalifiserte vilkår for foregripelse i bokstav b?

Der forføyningen vil gå ut på en foregripelse av kravet vil retten i praksis raskt gå til en vurdering av bokstav b. Retten vil konkludere med at forføyningen foregriper kravet, og spørsmålet blir da om det foreligger ”vesentlig skade eller ulempe”, jf. bokstav b.<sup>139</sup> Man kan da bli fristet til å tro at bokstav b inneholder et ekstra strengt vilkår. Dersom dette er oppfylt er det anledning til å foregripe kravet.<sup>140</sup> Slik jeg ser det er det minst fire forhold som taler for at en slik oppfatning ikke kan være treffende.

For det første har Høyesterett i de sentrale kjennelsene, som er gjennomgått ovenfor, aldri begrunnet forskjellen mellom bokstav a og b med at vilkåret i bokstav b er strengere. Slik jeg ser det kan det ikke argumenteres med at når det først foreligger en ”vesentlig skade eller ulempe” – så må det være greit å foregripe kravet. Rettspraksis kan eventuelt forstås slik at skillet bygger på forskjellen mellom ”midlertidig sikring” i bokstav a, og ”midlertidig ordning” i bokstav b.

For det andre er det et tilsvarende vesentlighetsvilkår i bokstav a, jf. ”vesentlig vanskeliggjort”. Både bokstav a og bokstav b krever at noe er vesentlig for at det skal kunne

---

<sup>137</sup> Eksempelene blir av Skeie (1940) bruk til å illustrere at behovet for en forføyning ikke nødvendigvis må skyldes saksøktes adferd. Det er således grunn til å være litt tilbakeholdende med å konkludere med at Skeie mente at en ”midlertidig ordning” hverken sikrer kravet eller kan foregripe det. Men samtidig er det bemerkelsesverdig at begge eksemplene er i overensstemmelse med det synet man i svensk rett har på ”midlertidig ordning”.

<sup>138</sup> Jf. Skeie (1940) side 405.

<sup>139</sup> Se for eksempel Rt. 2002 side 108, og kjennelse avsagt 16. mars 2009 i Oslo byfogdembete, sak nr: 09-040614TVI-OBYF/2, side 11.

<sup>140</sup> Se mer om ulike tolkninger av forholdet mellom bokstav a og b i punkt 6.2, side 66.

gis en midlertidig forføyning. Men det tar sikte på to ulike situasjoner - problemer med fullbyrdelsen i bokstav a, eller annen skade og ulempe i bokstav b. At vilkårene er tilsvarende i det to alternative sikringsgrunnene, men at de er noe ulikt utformet på grunn av at de tar sikte på ulike situasjoner, er en oppfatning Solem (1930) trolig også hadde. Etter å ha gjennomgått betingelsene for å få midlertidig forføyning, det vil si en gjengivelse av ordlyden for begge de alternative sikringsgrunnene, sammenfattet han (min understrekning):<sup>141</sup>

”I begge tilfelle er det altså avhengig av motpartens adferd, og det forlanges i begge tilfelle at det skal være fare for vesentlig skade”.<sup>142</sup>

Solem omtaler riktignok ”skade” som er vilkåret i bokstav b, men jeg kan ikke forstå utsagnet annerledes enn at han mente at det var et likt vesentlighetskrav i begge alternativene.

Hvis ”vesentlig skade eller ulempe” hadde vært et kvalifikasjonsvilkår for foregripelse av kravet, skulle det for det tredje ha vært et lempeligere vilkår for mindre inngripende forføyninger i bokstav b. For eksempel kunne det gis en midlertidig forføyning som *ikke* foregrep kravet dersom det var for å avverge ”moderat skade” eller bare ”skade”. Det er ikke tilfelle.

Et fjerde argument for at ”vesentlig skade eller ulempe” ikke kan være et kvalifikasjonsvilkår for foregripelse av kravet, *til forskjell* fra at fullbyrdelsen blir ”vesentlig vanskeliggjort”, jf. bokstav a, er at når saksøker er i ferd med å miste muligheten for fullbyrdelse av kravet sitt, så kan det *i seg selv være en vesentlig skade*. Etter min mening kan det argumenteres for en slik forståelse,<sup>143</sup> og det bekrefter i så fall en forståelse av at

---

<sup>141</sup> Jf. Solem (1930) 2. utgave, side 101.

<sup>142</sup> Både ved alternativ 1 og alternativ 2 var det tidligere et vilkår at situasjonen var forårsaket av saksøktes adferd. Det var først med tvangsfullbyrdsesloven i 1992 at vilkåret om saksøktes adferd ble fjernet i bokstav b. Angivelig på bakgrunn av kritikk av Skeie (1940), jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 292.

<sup>143</sup> Vilåret i bokstav a om at fullbyrdelsen blir ”vesentlig vanskeliggjort” kan etter min mening sies å være en presisering av vilkåret i bokstav b om ”vesentlig skade eller ulempe”. Se punkt 6.2, side 66.

vilkårene i de to alternativene er relativt like. Vilket om ”vesentlig skade eller ulempe” er således ikke et strengt vilkår for å kvalifisere situasjonen for en foregripelse av kravet.

Jeg er av den oppfatning at både bokstav a og b inneholder et ”vesentlighetsvilkår” som må være oppfylt for at retten kan avsi en midlertidig forføyning, og at de ikke kan graders i forhold til hverandre.

## **6 Bokstav a og b sett i sammenheng**

### **6.1 Et felles utgangspunkt**

Tvangsfuldbyrdelsesloven av 1915 hadde en felles innledning til de to alternative sikringsgrunnene i § 262. Ved å fjerne den generelle innledningen, som til dels ble gjort ved 1973-kjennelsen og fulgt opp ved lovendringen i 1992, mistet man inntrykket av et felles og likt utgangspunkt for de alternative sikringsgrunnene.

Da innledningen ble fjernet i 1992 ble det lettere å akseptere et skille mellom de to alternative sikringsgrunnene. Når ordlyden ”sikre” samtidig ble flyttet fra innledningen, til bokstav a, ble det skapt et klart skille mellom bokstav a og bokstav b. 1973-kjennelsen la grunnlaget for et slikt skille med sin tolkning av § 262, og dette ble fulgt opp av lovgiver da ordlyden ble flyttet i 1992. Med et skille mellom bokstav a og b er det lettere å forsvare forskjellige rettsregler for de to alternativene, jf. forbudet mot foregripelse ved bokstav a, og manglende begrensninger ved bokstav b.

Utgangspunktet, hvor sikringsgrunn bokstav a og b ble sett på som *alternative* sikringsgrunner, har blitt forlatt. Augdahl (1971) ga uttrykk for en slik forståelse hvor bokstav a og b ble sett på som likeverdige alternativer:<sup>144</sup>

”Betingelsen for anvendelsen av midlertidige forføyninger efter t § 262 er:

*enten* at ”motpartens adferd gir grunn til å frykte for at kravets forfølgning eller gjennomførelse ellers vil bli forspildt eller i vesentlig grad vanskeliggjort særlig ved en forandring i den bestående tilstand”,

*eller* at ”det findes nødvendig å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe eller hindre voldsomheter, som motpartens adferd gir grunn til å frykte for”.

Slik jeg forstår det tok alternativene sikte på *ulike* situasjoner, men vilkårene for midlertidig forføyning var ellers like. Det vil si at; *enten* var det problemer med fullbyrdelsen som skapte behov for en midlertidig forføyning, *eller* så var det annen skade eller ulempe som skapte behovet.<sup>145</sup> Men er først vilkårene i ett av alternativene oppfylt skulle det, og bør det, være lik adgang til å få en midlertidig forføyning.

## 6.2 Blandingen av de alternative sikringsgrunnene

Etter min mening omhandler tvl. § 34-1 første ledd bokstav a og bokstav b forskjellige situasjoner. På grunn av forbudet mot anvendelsen av bokstav a ved foregripelse av kravet, finnes det tilfeller i praksis hvor bokstav b blir benyttet i situasjoner alternativet, etter min mening, ikke dekker. Slik jeg oppfatter det blir da vilkårene i bokstav a og bokstav b blandet sammen.<sup>146</sup> Hvis man ikke er bevisst på at alternativene dekker ulike situasjoner, er det fort gjort å foreta en slik vurdering. Trolig skyldes dette forbudet mot foregripelse av kravet ved

---

<sup>144</sup> Jf. Augdahl (1971) side 365.

<sup>145</sup> Både vilkåret i bokstav a og bokstav b kan selvfølgelig være oppfylt samtidig. For eksempel ved immaterielle rettigheter, rettighetshaveren er avhengig av beskyttelse frem til domstidspunktet, uavhengig om det vil bli vanskelig å fullbyrde kravet dersom det ikke sikres før domstidspunktet. Men fullbyrdelsen av kravet kan også bli vanskeliggjort.

<sup>146</sup> Se LG-1993-898-k side 11. Kjennelsen er vedlagt. Avgjørelsen ble påkjært til Høyesterett, jf. Rt. 1994 side 291, men kjæremålet ble forkastet.



sikringsgrunn bokstav a. På grunn av behovet for en sikring, søkes det en løsning for å unngå forbudet.

Bokstav b tar etter min mening sikte på skade eller ulempe som ikke har noen form for tilknytning til problemer med fullbyrdelsen av kravet. Når det bare er problemer med senere fullbyrdelse, jf. bokstav a, stilles det likevel spørsmål om problemene med fullbyrdelsen kan sies å medføre vesentlig skade eller ulempe – slik at bokstav b er anvendelig. Hvis bokstav b er anvendelig kan en foregripelse av kravet tillates.

Et eksempel kan være der saksøker har krav på at saksøkte ikke feller saksøkers tre. Problemet til saksøker er at domstidspunktet om ett år kan komme litt sent – da kan treet allerede være felt. Det er fullbyrdelsen som kan bli problematisk, jf. sikringsgrunn bokstav a. Det vil ikke oppstå annen skade som må avverges, jf. bokstav b. Hvis forføyningen forhindrer saksøkte å felle treet, vil kravet foregripes ettersom kravet går ut på akkurat det samme. Således er ikke bokstav a anvendelig som sikringsgrunn, jf. forbudet mot foregripelse. For å løse dette problemet, og sikre kravet til saksøker om at saksøkte ikke skal felle treet (som det absolutt kan være grunn til å sikre), tilpasses bokstav b til å omfatte en situasjon den, etter min mening, egentlig ikke var ment å omfatte. Retten stiller spørsmål om det at saksøker eventuelt feller treet uberettiget, og at det da opplagt blir for sent å fullbyrde kravet til saksøker senere, medfører vesentlig skade for saksøker. Det vil si at spørsmålet om det vil bli problemer med fullbyrdelsen av kravet, blir omformulert til dersom kravet ikke sikres - vil det medføre vesentlig skade for saksøker? Blir svaret på spørsmålet bekreftende kan saksøker få midlertidig forføyning i medhold av bokstav b.

Slik jeg ser det har bokstav b da blitt anvendt utenfor det området den strengt tatt dekker, og som et kumulativt tilleggsvilkår til bokstav a. Konklusjonen er ikke gal, men den har blitt til på en konstruert måte, noe som hadde vært unngått dersom det hadde vært åpnet for like muligheter for foregripelse ved bokstav a som bokstav b.

Det er mulig retten ved en vurdering av bokstav b ville kommet til at fellingen av ett tre ikke ville innebære en vesentlig skade eller ulempe for saksøker, slik at heller ikke bokstav b er anvendelig. Når bokstav a, som etter min mening dekker situasjonen, ikke er anvendelig på grunn av forbudet mot foregripelse etter gjeldende regler, blir saksøker forsvarsløs mot saksøktes irreversible handlinger.

Jeg er av den oppfatning at det burde vært anledning til å sikre kravet, og en adgang til å foregripe kravet ved sikringsgrunn bokstav a ville vært den beste løsningen.

Slik jeg ser det skyldes altså blandingen av vilkårene i bokstav a og b behovet for å unngå forbudet mot foregripelse, fordi en foregripelse av kravet er nødvendig og rimelig. Jeg tror således det er et mer eller mindre bevisst forsøk på å unngå forbudet mot foregripelse. En annen måte å se det på kan være at bokstav b forstås å være mer generell enn bokstav a, og at bokstav b dekker også de tilfellene som faller inn under bokstav a. Det kan hevdes at vilkåret om ”vesentlig skade eller ulempe” i bokstav b gjelder skade eller ulempe generelt, ikke bare frem til domsavsigelsen, men også problemer med fullbyrdelsen. Det vil si at eventuelle problemer med fullbyrdelsen av kravet til saksøker, også kan medføre vesentlig skade eller ulempe for saksøker, jf. eksemplet ovenfor om fellingen av trærne medførte vesentlig skade eller ulempe for saksøker.

Jeg mener en slik tolkning både kan være treffende, og mindre treffende, avhengig av hvilke forutsetninger man legger til grunn for tolkningen. Dersom bokstav a forstås som en presisering av bokstav b, kan det være en treffende tolkning. Da anser jeg presiseringen i bokstav a kun har til hensikt å gjøre vurderingen av vilkårene klarere. Det vil si at hvis vilkåret i bokstav a er oppfylt så *er* også vilkåret i bokstav b oppfylt. Dersom en slik tolkning legges til grunn, vil det si at bokstav a egentlig kunne fjernes – bokstav b dekker alle tilfeller. I dag skulle det da tilsi at det er adgang til foregripelse, jf. forståelsen av bokstav b, og dersom problemene til saksøker knytter seg til at fullbyrdelsen blir vesentlig vanskeliggjort (jf. vilkåret i bokstav a, som tenkes borte), kan kravet sikres ved en foregripelse. Selv om det etter min mening kan være en treffende tolkning, vil jeg hevde at den strider mot lovgivers oppstilling av to *alternative* vilkår. Lovgiver må ha ment noe med denne oppdelingen, dog etter min mening ikke mer enn for å klargjøre. Jeg ser derimot ingen gode grunner til ikke å følge denne oppdelingen. Det er imidlertid ikke en slik forståelse av forholdet mellom bokstav a og b, som tilsynelatende praktiseres i dag med den blandingen som er skissert i eksemplet ovenfor.

I praksis spørres det om problemene med fullbyrdelsen medfører vesentlig skade eller ulempe for saksøker. Det vil si at selv om vilkåret i bokstav a er oppfylt, er ikke vilkåret i bokstav b automatisk oppfylt, også vilkåret i bokstav b må prøves. En slik tolkning baserer seg på at vilkåret i bokstav b dekker vilkåret i bokstav a, men krever samtidig noe mer for at de er oppfylt – det er ikke nok at saksøker ”mister” kravet sitt ved at det ikke kan fullbyrdes, dette må igjen kunne sies å medføre en vesentlig skade eller ulempe for saksøker. Jeg mener en slik tolkning ikke er helt treffende. Jeg kan ikke se hva som kan forsvare en forståelse om at vilkåret i bokstav b er strengere enn vilkåret i bokstav a. Dette er imidlertid rådende rettsoppfatning, og medfører at enkelte krav ikke kan sikres ettersom foregripelse er eneste mulighet, og situasjonen ikke kvalifiserer til vesentlig skade eller ulempe for saksøker.

### 6.3 Problemene gjemt bak anvendelsen av bokstav b

I teorien har det blitt uttalt at dersom ikke bokstav a er anvendelig på grunn av forbudet mot foregripelse av kravet, så vil bokstav b i mange tilfeller uansett være oppfylt.

”Saksøker er i så fall hjulpet, idet denne bestemmelse ikke oppstiller noe vilkår om at den midlertidige forføyning ikke skal gå lenger enn til å sikre [...]kravet.”<sup>147</sup>

For det første finnes det tilfeller hvor bokstav b ikke er anvendelig. Det er tilfelle hvis saksøker ønsker å stanse saksøkte fra å ta seg til rette, for eksempel hvor saksøkte bruker en vei eller hugger et tre. Uansett er et slikt resonnement ingen løsning på problemstillingen - det bare skyver problemene under teppet, og sier at det stort sett går greit.

For det andre, selv om vilkårene i bokstav b er oppfylt og det i praksis er godtatt en foregripelse av kravet etter denne bestemmelsen, kan det stilles spørsmål om det er uproblematisk med en foregripelse av kravet.

Grunnleggende problemer med forføyninger som foregriper kravet, og som er felles for både sikringsgrunn bokstav a og bokstav b, er for eksempel at det kan legges til rette for en alternativ hurtigprosess hvor saksøker raskt kan få det som søkes oppnådd ved søksmålet, eller problemene med en foregripende forføyning som viser seg å være feil. Ved en foregripelse av dommen kan forføyningen forrykke balansen mellom partene, og det kanskje på en måte som er irreversibel. Det kan medføre at saksøkte mister sin rett, ved en midlertidig kjennelse, før det foreligger dom i saken. Det er slike *felles* problemstillinger som må vurderes ved spørsmålet om det på generelt grunnlag skal kunne åpnes for forføyninger som foregriper kravet. Se punkt 7.2, side 73.

Jeg mener slike grunnleggende problemstillinger ikke ligger bak valget av forskjellig ordlyd i bokstav a og bokstav b, og at ordlyden derfor ikke kan legitimere et skille mellom de to bestemmelsene. Generelt sett kan ordlyden i en lovtekst gi uttrykk for et skille mellom bakenforliggende hensyn, og således være grunnlaget for forskjellig forståelse av to alternativer. Jeg kan i dette tilfellet ikke finne støtte for en slik forståelse i forarbeidene til tvangsfuldbyrdelsesloven av 1915.

---

<sup>147</sup> Jf. Falkanger m.fl. (2008) side 1155.

#### 6.4 Forskjellen mellom bokstav a og b

Forbudet mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, jf. 1969-kjennelsen, kan være hensiktsmessig. Det kan etter min mening ikke gjelde som et absolutt forbud, men samtidig bør det unngås en foregripelse av kravet. Men argumentasjonen for at det er en ”fri” adgang til foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav b, jf. 1973-kjennelsen, fremstår som langt mer konstruert. Det er vanskelig å se de store forskjellene mellom sikringsgrunn bokstav a og b og, etter min mening, som jeg har forsøkt å vise, er det ikke så stor forskjell heller.

For meg fremstår det som noe underlig at det er uproblematisk å foregripe kravet dersom det foreligger et omtvistet rettsforhold og det er fare for vesenlig skade eller ulempe jf. bokstav b. Hvis saksøker derimot står i fare for å miste kravet ved at forfølgningen eller gjennomføringen senere blir vesentlig vanskeliggjort, og at dette skyldes urettmessige handlinger fra saksøkte, så skal det være absolutt forbudt med en form for sikring som foregriper kravet. En situasjon som kan illustrere den ulike praktiseringen kan være der saksøker har en veirett til sin hytte. Saksøkte sperrer veien på en måte som gjør det vanskelig å fullbyrde kravet om fjerning av stengslene senere. Vilåårene i bokstav a er dermed oppfylt, men er ikke anvendelig ettersom en forføyning som forbyr sperring av veien foregriper kravet om at saksøkte ikke skal sperre den. Samtidig kan det være at sperringen av veien medfører en vesentlig ulempe for saksøker. Saksøker må kjøre en lang omvei til hytten, på en strekning som også er kjent for mye stillestående kø, altså en vesentlig ulempe. Til forskjell fra bokstav a, hindrer ikke bokstav b en foregripelse av kravet, slik at saksøker i medhold av bokstav b kan få midlertidig forføyning for at saksøkte forbys å sperre veien.

Kan det virkelig være slik at selv om fullbyrdelsen av kravet blir vesentlig vanskeliggjort, eller i verste fall umulig å fullbyrde, så kan ikke kravet sikres? Men dersom det i mellomtiden medfører en vesentlig *ulempe* (skade og ulempe er alternative vilkår i bokstav b) for saksøker, så er det greit å sikre kravet ved en foregripelse? I eksemplet ovenfor kunne det være at omkjøringen frem til domsavsigelsen ikke var en vesentlig

ulempe, men problemene med fullbyrdelsen ville vært de samme. Da hadde ikke bokstav b vært anvendelig, og saksøker kunne ikke fått sikret kravet.<sup>148</sup>

Når det åpnes for foregripelse ved bokstav b, og ikke ved bokstav a; så er det fordi forholdet mellom midlertidig forføyning og dom er forskjellig ved de to alternativene? En foregripende forføyning kan medføre at forføyningen erstatter den kommende dommen – det er uproblematisk ved bokstav b og svært problematisk ved bokstav a.

Hensynene for og mot en foregripelse av kravet er like, både for sikringsgrunn bokstav a og bokstav b, se kapittel 7, og tilsier at praktiseringen av foregripelse av kravet ikke kan være forskjellig i de to alternativene. En gjennomgang av de ulike hensynene vil, etter min mening, tilsi at forbudet mot foregripelse bør praktiseres likt ved bokstav a og bokstav b. Problemet er at en slik vurdering tilsynelatende ikke har blitt foretatt.

## **7 Vurdering av en foregripelse av kravet**

### **7.1 Innledning**

I utgangspunktet er det uproblematisk med et forbud mot foregripelse av kravet, fordi det finnes andre former for sikring enn en foregripelse. For eksempel dersom båten saksøker har krav på er i ferd med å synke, kan saksøkte bli pålagt å stanse lekkasjen. Båten trenger ikke bli overlevert til saksøker av den grunn. Men det finnes tilfeller hvor en foregripelse av kravet er *eneste mulighet* for sikring. Enten må saksøker få det som søkes oppnådd med søksmålet allerede ved forføyningen, eller så mister kravet helt eller delvis sin betydning for saksøker. Et eksempel kan være levering av en bryllupskake. Det blir meningsløst å få dom for det etter et par måneder. Det kan heller ikke ses bort fra at en foregripelse av kravet også kan være den beste løsningen sammenlignet med alternativene. Det kan derfor ikke kreves at en foregripelse er eneste mulige løsning.

---

<sup>148</sup> Jeg ser bort fra muligheten til å blande vilkårene i bokstav a og b som nevnt i punkt 6.2 side 66. Eksemplet er basert på at bokstav a og b tar sikte på ulike tidsrom.

Se for eksempel Rt. 2009 side 154, punkt 4.7.5 side 55, hvor kravet muligens kunne sikres ved at kommunen ble forbudt å tildele oppdragene til andre, slik at de oppdragene saksøker hadde krav på eventuelt kunne utføres etter at det forelå en dom i saken. Men jeg er tvilende til om dette faktisk er et bedre alternativ enn en foregripelse av kravet hvor saksøker tildeles oppdragene ved en forføyning. Grunnen til det er at situasjonen på skolene kan være slik at det kreves handling med en gang, for eksempel på grunn av fare for skader på elevene.

Spørsmålet om en foregripelse av kravet skal tillates er egentlig et spørsmål om alle krav skal kunne sikres, eller om enkelte krav ikke skal være mulig å sikre på grunn av de faktiske omstendigheter. Dette med den følge at en eventuell dom i saken mister sin vesentligste betydning for saksøker fordi dommen kommer for sent. I de generelle merknadene til reglene om midlertidig forføyning i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 290 står det (mine understrekninger):

”Etter reglene i gjeldende lov kapittel 15 kan ethvert krav som går ut på noe annet enn penger, sikres gjennom midlertidig forføyning.”

Etter min mening er dette ikke mulig å gjennomføre i praksis slik gjeldende rett har blitt forstått. Det absolutte forbudet mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, medfører at det i enkelte situasjoner er utelukket å sikre kravet.

Et eksempel kan være Rt. 2009 side 154 der saksøker hevdet å ha en rammeavtale med saksøkte om tildeling av vedlikeholdsarbeid på skoler – en rammeavtale saksøkte på sin side hevdet å ha sagt opp, se foran i punkt 4.7.5 side 55. Rammeavtalen hadde en varighet på to år fra 2008 til 2010. Selv om et søksmål om kravet hadde blitt reist rett etter oppsigelsen av avtalen i april 2008, ville deler eller, i verste fall, hele kravet tilhøre fortiden før det forelå en rettskraftig dom. Det vil si at den delen av rammeavtalen som på domstidspunktet allerede tilhører fortiden ikke kan tvangsfullbyrdes. De oppdragene saksøker skulle vært tildelt vil mest sannsynlig ha blitt utført av andre. Dersom oppsigelsen var rettstridig må saksøker nøye seg med en økonomisk kompensasjon for den delen av avtalen som er forbi. (Om økonomisk kompensasjon, se punkt 7.3.3, side 82.) Dersom rettskraftig dom først kommer etter utløpet av rammeavtalen, vil hele kravet til saksøker ligge i fortiden, og en tvangsfullbyrdelse vil

være umulig. Den eneste muligheten, eller det beste alternativet for å sikre kravet til saksøker om tildeling av spesifikke oppdrag i en gitt periode, er å tildele saksøker oppdragene.<sup>149</sup>

## 7.2 Begrunnelsen og hensyn bak et forbud mot foregripelse

Ser man på de kjennelsene som omhandler forbudet mot foregripelse av kravet, særlig 1969- og 1973-kjennelsen, fremgår det at ordlyden ”sikre” er sentralt for forbudet mot foregripelse. Rettsregelen går ut på at forføyningen skal sikre kravet, ikke foregripe fullbyrdelsen av det. Slik jeg forstår det vil en foregripelse av kravet dermed gå ut over mer enn en sikring av kravet, og at det dermed mangler hjemmel for slike forføyninger ved sikringsgrunn bokstav a. Forbudet mot foregripelse ved bokstav a kommer til uttrykk i lovens ordlyd i bokstav a.<sup>150</sup>

Det er grunnleggende, og ligger også i navnet *midlertidig* forføyning, at forføyningen bare skal gjelde midlertidig. Det er først ved dom at kravet skal fullbyrdes. Et vilkår for midlertidig forføyning er at saksøker har sannsynliggjort et krav, og dette kravet forutsettes avgjort ved søksmål og dom. En midlertidig forføyning skal ikke påvirke den prosessen eller endre balanseforholdet mellom partene før hovedforhandling.<sup>151</sup> I mange tilfeller kan likevel saksøkte for eksempel påvirke fremdriften i saken negativt, slik at en eventuell dom kommer for sent for saksøker. Forføyningen skal hindre at en slik ubalanse oppstår.<sup>152</sup> På den annen side kan forføyningen også medføre at balansen i forholdet mellom partene vris fra saksøkte til saksøker. Forføyningen sikrer jo nettopp *saksøkers rett*. Dersom forføyningen viser seg å være avsagt uten grunn og saksøkte får medhold i hovedsaken, kan forføyningen allerede ha

---

<sup>149</sup> Lagmannsretten hadde vurdert sikringsgrunn bokstav b, og kom til at saksøker ikke ville lide vesentlig skade når de ble henvist til å søke erstatning i ettertid. Se LB-2008-161940.

<sup>150</sup> Ordlyden gir uttrykk for forbudet, men kan etter min mening ikke sies å være grunnlaget for forbudet. Problemet er at bokstav b ikke har et tilsvarende uttrykk for forbudet, og forbudet gjelder etter min mening tilsvarende der.

<sup>151</sup> Jf. Westberg (2004) bok 3, side 27: en midlertidig forføyning skal være av defensiv karakter. En forføyning skal bare beskytte mot konkret fare og kan ikke brukes offensivt for å forbedre sin situasjon med tanke på mulig konflikt.

<sup>152</sup> Jf. Westberg (2004) bok 1, side 106.

ødelagt saksøktes muligheter.<sup>153</sup> Hensynet om å ikke forrykke balansen mellom partene gjør seg enda sterkere gjeldende ved forføyninger som foregriper kravet og trekker i retning av en begrensning for foregripelse.

Videre er det en sentral del av reglene om midlertidig forføyning at retten får adgang til å justere seg i ettertid. Reglene om midlertidig forføyning er lagt opp til en hurtig behandling av begjæringen, og partene har kanskje ikke tilgang til de samme bevisene som de eventuelt vil ha i hovedsaken. Hvilket betyr at retten kan stå ovenfor vanskelige vurderinger under tidspress. Retten tar prejudisiell stilling til kravet, men avgjør det ikke endelig. Det er klart at retten kan komme til et annet resultat ved vurderingen av kravet i hovedsaken, enn det som ble lagt til grunn som mest sannsynlig i forføyningssaken. Skal rettens mulighet til å justere oppfatning ved hovedsaken ha noen realitet, er det av betydning at forføyningen bare har sikret kravet, ikke allerede foregrepet fullbyrdelsen av det.<sup>154</sup> Mulighetene for korrigering kan da være redusert.

På samme måte som adgangen til samtidig domsavsigelse etter tvl. § 32-9 kan lede til ”køsniking”,<sup>155</sup> kan tilsvarende synspunkter trekkes frem for et forbud mot foregripelse av kravet. Jo mer som tillates ved en midlertidig forføyning, desto mer er saksøker interessert i en midlertidig forføyning. Det beste for saksøker er om retten tildeler ham alt han ønsker med en gang under forføyningssaken. En midlertidig forføyning skal ikke være en alternativ prosessform – tvister skal avgjøres ved dom.<sup>156</sup> Reglene om midlertidig forføyning skal legge til rette for den normale rettergangen, og sikre at ikke saksøker lider skade i mellomtiden. Både tiden det tar å få en endelig avgjørelse og faren for skadegjørende handlinger fra saksøkte, kan få betydning for saksøker.<sup>157</sup> Forføyninger som foregriper kravet strider imot

---

<sup>153</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 107 og 108. Se om uekte foregripelse med endelig virkning i punkt 8.3, side 91.

<sup>154</sup> Jf. Westberg (2004) bok 1, side 85 om ”Förbud mot förtidiga domsverkställighet”. Tvistemålsutvalget tenkte motsatt da de trakk adgangen til ”omkamp” om kravet i hovedsaken frem som en grunn for å åpne for at domstolene allerede i forføyningssaken skulle kunne avsi dom om realiteten, jf. NOU 2001 nr. 32 side 245 og 246.

<sup>155</sup> Se NOU 2001 nr. 32 side 246.

<sup>156</sup> Se Westberg (2004) blant annet bok 1, side 19.

<sup>157</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 18.



dette bakenforliggende hensynet om å legge til rette for den alminnelige rettergangen. Ved tillatelse av foregripelse vil den midlertidige forføyningen bevege seg mot en erstatning for normal rettergang.

Samtidig må det ikke glemmes at kravet ikke blir rettskraftig avgjort ved annet enn dom. Selv om forføyningen i realiteten avgjør kravet, kan dommen gi motsatt resultat slik at saksøker må betale erstatning til saksøkte. Kravet blir først rettskraftig avgjort ved dommen.

En svakhet med forståelse av forbudet mot foregripelse av kravet, er at den eneste anførte begrunnelsen for forbudet finner man i 1969-kjennelsen og til dels 1973-kjennelsen, men da bare som en konklusjon. Jeg tolker kjennelsene som at Høyesterett har ment å finne støtte i ordlyden ”sikre”. Således er en tolkning av ordlyden i en lov fra 1915, *eneste* uttalte begrunnelse for et forbud mot foregripelse av kravet. Men hvorfor ordlyden begrunner forbudet er ikke forklart.

Det vil si at med unntak av at ordlyden ”sikre” kan tilsi et forbud, er de ovenfor nevnte hensyn basert på Westberg (2004), samt egne synspunkter.

Westbergs arbeid ble utgitt i 2004, og han skriver om hensynene bak reglene om midlertidig forføyning og begrensningen for foregripelse av kravet. Hva grunnlaget og begrunnelsen for begrensningen i sin tid var, behandler ikke Westberg (2004). Forskjellen er imidlertid at det i svensk rett i dag er et langt mer reflektert syn på foregripelse av kravet enn det en kan finne i norsk rett Westberg (2004) har nok bidratt i denne sammenheng.

De omtalte hensynene gjelder, etter min mening, generelt, enten sikringsgrunnen er bokstav a eller bokstav b.

## 7.3 Hensyn som taler for foregripelse

### 7.3.1 Formålet

”Der maa være adgang til at beskytte en truet rettighed ved de foranstaltninger, som i ethvert enkelt tilfælde findes egnede og nødvendige.”

(Almindelige Motiver, Civilproceslovkommissionens Udkast (1908) side 80.)<sup>158</sup>

Av innledningen fremgår det at det i enkelte tilfeller er nødvendig med en foregripelse av fullbyrdelsen av kravet for å sikre at ikke fullbyrdelsen blir vesentlig vanskeliggjort. For eksempel når saksøker har krav på at saksøkte ikke skal foreta en handling. Hvis handlingen likevel foretas, kan det være at den er irreversibel, slik at saksøker mister mulighet til å fullbyrde kravet sitt. Dette kan unngås hvis kravet på at saksøkte ikke skal foreta handlingen foregripes, ved en avsigelse av et midlertidig forbud inntil domsavsigelsen. Formålet med en midlertidig forføyning er å sikre kravet, jf. bokstav a, eller avverge vesentlig skade eller ulempe, jf. bokstav b. Dersom det skal være slik at domstolene konsekvent nekter en sikring av kravet etter bokstav a, fordi det må gjøres på ”feil” måte, så avskjærer domstolene samtidig muligheten til at formålet i det hele tatt kan oppnås i slike tilfeller. En foregripelse er nødvendig for at formålet med bestemmelsen skal kunne oppnås. Etter min mening skal det vanskelig gjøres å finne en mer grunnleggende begrunnelse for behov for foregripelse enn at det må være mulig å realisere formålet. Skal formålet *kunne* realiseres i alle tilfeller, så må det åpnes for foregripelse.

I den eneste saken hvor Høyesterett har blitt forelagt spørsmålet om at det ikke kan være riktig med et forbud mot foregripelse av kravet,<sup>159</sup> jf. HR-1997-528-k, ga Høyesteretts kjæremålsutvalgt, etter min mening, et riktig uttrykk for forståelsen av tvfl. § 15-2. Saken gjaldt stenging av søndagsåpne butikker. Saksøker, Trondheim handel og kontor, hevdet at en rekke butikker holdt åpent på søndager i strid med en forskrift, og begjærte midlertidig

---

<sup>158</sup> Kommisjonens utkast til tvangsfullbyrdselseslov.

<sup>159</sup> Jeg har gjennomgått alle avgjørelser fra Høyesterett som viser til tvfl. § 262, tvfl. § 15-2 og tvl. § 34-1, som er tilgjengelig på lovdata.

forføyning for at de skulle stenge. Saksøker fikk ikke medhold av hverken namsretten eller lagmannsretten. Lagmannsrettens kjennelse ble påkjært til Høyesterett med den begrunnelse at lagmannsretten hadde tolket tvfl. § 15-2 bokstav a og b (tvfl. § 34-1) feil. I tilknytning til bokstav a uttalte kjæremålsutvalget (min understrekning):

”Lagmannsretten har lagt til grunn at bokstav a ikke gir hjemmel for midlertidig forføyning der forføyningskravet utelukkende innebærer en foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet, uten at fortsettelsen av den påståtte rettsstridige tilstand skaper vanskeligheter for gjennomføringen av hovedkravet. Dette er ikke uttrykk for en uriktig tolking av bestemmelsen. Den konkrete vurdering kan utvalget ikke prøve.”

Kjæremålsutvalget siterte ikke lagmannsretten. Den rettsregelen kjæremålsutvalget uttalte finner man ikke igjen i lagmannsrettens avgjørelse. Således må uttalelsen til kjæremålsutvalget være en tolkning av lagmannsrettens uttalelser. For meg fremstår det som noe usikkert om lagmannsretten har gitt uttrykk for det kjæremålsutvalget legger til grunn. Det er ikke dermed sagt at kjæremålsutvalget har tolket lagmannsretten feil, poenget er vel heller at lagmannsrettens resonnement, i hvert fall for meg, er vanskelig å følge.

Lagmannsrettens mente det ikke forelå sikringsgrunn etter hverken bokstav a eller bokstav b. Lagmannsrettens viste først til forbudet mot foregripelse av kravet, deretter ble det uttalt:<sup>160</sup>

”I denne saken vil forføyningskravet falle sammen med hovedkravet. Formålet med bestemmelsen i bokstav a er først og fremst å hindre at fortsettelsen eller oppretholdelsen av en rettsstridig tilstand i sin tur kan skape vanskeligheter for endelig gjennomføring av kravet. Tvangsfullbyrdesloven § 15-2 første ledd bokstav a gir derfor i motsetning til bokstav b ikke hjemmel for en forføyning som er sammenfallende med kravet i hovedsaken.”

Lagmannsrettens flertall konstaterer først at det foreligger en foregripelse. Deretter sier de at formålet er å hindre problemer med fullbyrdelsen av kravet. Og så hevder lagmannsretten at bokstav a derfor ikke gir hjemmel til foregripelse, i motsetning til bokstav b.

Slik jeg forstår kjæremålsutvalgets uttalelse, kan en foregripelse av kravet ikke tillates *med mindre* en fortsettelse av den rettstridige handlingen vil medføre at fullbyrdelsen av kravet blir vesentlig vanskeliggjort. Hvis det er tilfelle, foreligger det sikringsgrunn etter bokstav a. I denne saken var imidlertid ikke dette tilfellet, ettersom det ikke ville være problematisk å få

---

<sup>160</sup> Se LF-1996-722.

stengt butikkene senere ved en dom. Kjæremålsutvalgets uttalelser gjaldt den generelle lovforståelsen, og er således uansett av interesse.

Slik jeg ser det er det sentralt om det vil oppstå problemer med fullbyrdelsen av kravet, slik at det fokuseres på behovet for sikring og formålet om å forhindre at problemene realiseres. Hvis det er sannsynlig at saksøktes adferd vil medføre at fullbyrdelsen av kravet blir vesentlig vanskeliggjort, må det gis *adgang* til å sikre at det ikke vil skje. En foregripelse av kravet kan dermed ikke utelukkes dersom dette er eneste mulighet for sikring.

Etter min mening åpner Høyesteretts kjæremålsutvalg i HR-1997-528-k, for foregripelse av kravet når det er behov for det. Dermed opphevet Høyesterett forbudet praktisert i tidligere praksis, ettersom forbudet ikke lenger er et utgangspunkt for vurderingen om sikringsgrunn, men at det er behovet for sikring som er utgangspunktet.

Kjennelsen er ikke publisert i Rettstidende, og ikke vist til i noen senere avgjørelse, jf. lenken ”avgjørelser” på lovdata under kjennelsen HR-1997-528-k. Vedrørende etterfølgende praksis er det mulig at et faktum hvor en foregripelse av kravet er eneste mulighet for sikring ikke har kommet opp for domstolene.<sup>161</sup> Men selv de etterfølgende avgjørelsene som kommer inn på forbudet, legger til grunn den tidligere rettsoppfatningen og følger ikke opp den justeringen Høyesterett etter min mening gjorde i 1997, se for eksempel Rt 2002 side 123 og Rt. 2002 side 108.

Kjennelsen er heller ikke behandlet i litteraturen. Kommentartutgaven til tvangsfullbyrdsloven er oppdatert to ganger siden kjennelsen. Til tross for at Flock, som er forfatteren av kapittelet om midlertidig forføyning i kommentartutgaven, også var dommer i kjennelsen fra 1997, har han ikke omtalt kjennelsen. Etter min mening burde kjennelsen ha blitt fulgt opp i ettertid.

#### 7.3.1.1 Formålets to sider

Ettersom en foregripende forføyning i enkelte tilfeller kan være eneste mulighet for en sikring av kravet, og at det etter rådende rettsoppfatning ikke kan godtas en slik forføyning

---

<sup>161</sup> En foregripelse av kravet var etter min mening eneste mulige sikringen av saksøkers krav i Rt. 2003 side 1165, men kjæremålsutvalget unngikk forbudet mot foregripelse av kravet. Se kapittel 9, side 96.

fordi den gjøre noe mer enn å ”sikre” kravet, jf. tvl. § 34-1 bokstav a, så hevder jeg at formålet blir brukt som begrunnelse for at formålet i slike tilfeller ikke er mulig å oppnå, jf. punkt 4.7.2. side 53. I dette punktet har jeg argumentert for at formålet om å sikre kravet også taler for en foregripelse av kravet. Samme argumentasjonsmønster som jeg benyttet i punkt 4.7.2 kan da snus mot min oppfatning her: jeg bruker formålet som begrunnelse for at det i enkelte tilfeller kan oppnås mer enn formålet tilsier.<sup>162</sup> Det vil si at enten man velger det ene eller det andre synet på saken, så er man slik jeg ser det i besittelse av saftige argumenter, som attpåtil betegner akkurat det samme forholdet. Årsaken til dette er, som nevnt i punkt 3.1 side 26, at det ut i fra formålet om å sikre kravet kan det utledes to ting: Det ene er at problemer ved fullbyrdelsen skal unngås, det andre er at forføyningen bare skal sikre kravet med tanke på senere dom og derfor ikke foregripe fullbyrdelsen. Som regel er det mulig å kombinere dette. Problemet ligger i de tilfellene hvor eneste måten å unngå problemer med fullbyrdelsen av kravet er å foregripe det. Da blir formålet om å sikre kravet motsigende. Den ene siden av formålet utelukker den andre, og motsatt.

Etter min mening kan det være vanskelig å komme frem til en løsning ved å tolke ordlyden ”sikre kravet”, ettersom det kan utledes formål som trekker i to ulike retninger. Det må foretas et valg. Dette er en problemstilling som det ikke har blitt tatt stilling til i norsk rett, så vidt jeg kan se. Problemet, hvis man velger å tillate en foregripelse, er at det er fare for at avgjørelsen er feil, og at *saksøkte* således kan lide skade. Dersom en forbyr foregripelse, i tråd med gjeldende rettsoppfatning, medfører det at *saksøker* risikerer å lide skade når et berettiget krav på grunn av manglende sikring blir umulig eller vesentlig vanskeliggjort å fullbyrde ved domsavsigelsen. Med dette er det sagt at valget faktisk står mellom å beskytte enten saksøker eller saksøkte.

Er man av den oppfatning at forbudet mot foregripelse veier tyngst, og beskytter saksøkte, kan ikke kravet sikres. Med dersom man er av den oppfatning av at muligheten til å sikre kravet veier tyngst, og beskytter saksøker, får ikke det en like dramatisk virkning som forbudet. Ved å tillate foregripelse i slike tilfeller åpnes det for at forholdet mellom saksøker og saksøkte kan vurderes etter proporsjonalitetsvurderingen i tvl. § 34-1 annet ledd.

---

<sup>162</sup> Men jeg er av den oppfatning at å foregripe ikke nødvendigvis er noe mer enn å ”sikre”, jf. punkt 4.4.3, side 44.

Istedenfor å utelukke all form for sikring av kravet, som et absolutt forbud mot foregripelse gjør, så åpnes det for en ytterligere vurdering av forholdet. Noe som *kan* lede til at en foregripelse tillates.

Uttalelsene i den overfor nevnte kjennelsen, HR-1997-528-k, tilsier at kjæremålsutvalget anså muligheten for å unngå problemer som den mest vesentligste delen av formålet.

Et valg mellom foregripelse og ikke foregripelse er i bunn og grunn et valg mellom beskyttelse av saksøker eller saksøkte, altså en konkret vurdering av forholdet mellom saksøker og saksøkte, er nettopp en slik vurdering som skal foretas etter tvl. § 34-1 annet ledd. Således er det ikke bare rimelig at det åpnes for en vurdering etter annet ledd, det er, etter min mening, også helt naturlig.

### 7.3.2 Tvisteloven § 34-1 annet ledd

Annet ledd i tvl. § 34-1 ble innført med tvangsfullbyrdelsesloven i 1992. Det ble antatt å stemme med gjeldende rett, jf. tidligere rettspraksis.<sup>163</sup> TvL. § 34-1 annet ledd er utformet som en negativ avgrensning av når det kan gis en midlertidig forføyning:<sup>164</sup>

”Bestemmelsen tydeliggjør at det for midlertidige forføyninger gjelder en grunnsetning om proporsjonalitet hvor det tas hensyn til samtlige interesser som er inne i bildet.”

Dersom den aktuelle forføyningen blir for inngripende overfor saksøkte i forhold til de motstridende interessene, kan den ikke godtas. Er det da behov for en ”siling” av forføyninger som foregriper kravet når bokstav a anvendes som sikringsgrunn, når en altfor inngripende forføyning uansett skal bli avslått etter annet ledd?

Det er klart at en forføyning som foregriper kravet vil være mer inngripende enn en forføyning som bare sikrer kravet. Det er ikke dermed sagt at en foregripende forføyning vil

---

<sup>163</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 293. Det nevnes imidlertid ikke i forarbeidet at bestemmelsen i sitt innhold er identisk med den danske retsplejeloven, § 643 annet ledd. Annet ledd ble innført i dansk rett i 1988, jf. Bruun m.fl. (2005) side 738. Se note 19 side 9.

<sup>164</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 292.

være for inngripende i den konkrete saken, jf. tvl. § 34-1 annet ledd. Der saksøker for eksempel har sannsynliggjort kravet utover enhver rimelig tvil, saksøkte forsettlig saboterer kravet til saksøker og kravet er av stor betydning for saksøker, skal det mye til for at en beskyttelse av kravet til saksøker blir for inngripende, uansett hvilken måte det gjøres på.

I andre deler av reglene om midlertidig forføyning åpnes det for konkrete vurderinger hvor sannsynliggjøringen av saksøkers rett påvirker hva som kan tillates overfor saksøkte. For eksempel vil saksøker trolig slippe å stille sikkerhet overfor saksøkte for det tilfellet at retten skulle vurdere kravet feil, når kravet er bevist utover enhver rimelig tvil, jf. tvl. § 34-3 annet ledd. Det bør åpnes for slike momenter og en vurdering etter tvl. § 34-1 annet ledd, også ved spørsmålet om foregripelse av kravet.

Ved et absolutt forbud mot forføyninger som foregriper kravet, sperres det for at retten i det hele tatt får vurdert forføyningen etter tvl. § 34-1 annet ledd. Det vil si at enhver form for konkret vurdering er avskåret, selv de tilfellene som faktisk ville sluppet igjennom proporsjonalitetsvurderingen i tvl. § 34-1 annet ledd. Det eneste argumentet jeg kan se for å opprettholde en slik løsning, er om det er behov for å avlaste ”presset” på tvl. § 34-1 annet ledd – at retten skal slippe å foreta vurderingen etter annet ledd.

Det kan hende at en foregripelse av kravet i en del tilfeller vil være for inngripende overfor saksøkte. For disse tilfellene vil det være forsvarlig at man ikke kommer så langt som til proporsjonalitetsvurderingen etter annet ledd. På den annen side er det underlig om en slik proporsjonalitetsvurdering ikke skal kunne foretas i et hvert tilfelle der lovens øvrige vilkår er oppfylt. Det er unødvendig med en generell siling av forføyninger som foregriper kravet ved sikringsgrunn bokstav a når retten uansett skal foreta en proporsjonalitetsvurdering etter annet ledd, før den avsier en kjennelse. Det vil vel alltid være en fordel med konkrete vurderinger etter tvl. §34-1 annet ledd, som gir retten mulighet til å avsi rimelige løsninger. Da gjelder det å åpne for at bestemmelsen kan komme til anvendelse. Her kan ikke et forbud mot foregripelse av kravet sperre for anvendelsen av tvl. § 34-1 annet ledd.

Det er nok ikke mulig å si noe generelt om hvilken type forføyning som er mest inngripende, enten saksøkte blir pålagt å foreta, unnlate eller forbys en handling, jf. tvl. § 34-3 første ledd. Ved foregripelse kan alle typer forføyninger medføre en endelig og irreversibel løsning.

### 7.3.3 Virkningene av forbudet mot foregripelse av kravet

Der det er behov for en foregripelse av kravet, vil en forkastet begjæring om midlertidig forføyning ofte kunne medføre at den etterfølgende dommen kun blir en konstatering av hva som var riktig, med et eventuelt påfølgende erstatningskrav. Behovet for en forføyning etter sikringsgrunn bokstav a, er behovet for en midlertidig sikring *nå*, fordi det på en eller annen måte blir *for sent* når saken tas opp til dom. Det vil si at der det er behov for en sikring av kravet, og det avslås fordi eneste måten å gjøre det på er ved en foregripelse, kan saksøker bli avspist med etterfølgende økonomisk kompensasjon. Dette ved en transformasjon av kravet til et pengekrav.

Er det riktig at saksøker konsekvent skal hindres i å sikre kravet i slike tilfeller, med den følge at dommen kun har betydning som en fastsettelse av kravet og som grunnlag for erstatning? Eller bør forføyninger som foregriper krav i enkelte tilfeller tillates, til tross for den mulige følge at saksøkte kan påføres urettmessig tap med dertil etterfølgende erstatningskrav? Etter min mening er det best med en konkret vurdering i den enkelte situasjon, hvor det blant annet vurderes hvem av partene som bør skjermes mot å bli stilt i en erstatningsberettiget posisjon. Jeg kan ikke se grunnlag for at saksøker alltid skal være den parten som risikerer å bli avspist med økonomisk kompensasjon i ettertid, når det er behov for en foregripelse av kravet.

Det at kravet til saksøker blir omformet til et rent pengekrav fordi det opprinnelige kravet ikke ble sikret, må ses i forhold til den begrensede adgangen retten har til å tillate saksøkte å stille økonomisk sikkerhet for så å fortsette sine handlinger, jf. tvl. § 34-3 annet ledd siste setning. En erstatning vil ikke alltid fremstå som en tilfredsstillende løsning for saksøker, og hensynet til saksøker bør veie tyngst.<sup>165</sup> Hvis retten ikke ville latt saksøkte stille sikkerhet i medhold av tvl. § 34-1 annet ledd siste setning, er det problematisk at saksøkers krav likevel blir omdannet til et pengekrav på grunn av forbudet mot foregripelse.

---

<sup>165</sup> Jf. Falkanger m.fl. (2008) side 1186.



#### 7.3.4 Tvisteloven § 32-9 – muligheten for samtidig domsavsigelse

Med adgangen til samtidig domsavsigelse i forføyningssaken, som ble innført med tvisteloven § 32-9, kan det spørres om hvilken betydning det har for forbudet mot foregripelse av kravet. Særlig er forskjellen mellom forføyninger som medfører ekte<sup>166</sup> foregripelse, og samtidig domsavsigelse, liten. I begge tilfellene blir saken i realiteten avgjort under forføyningssaken. Forskjellen er dog at forføyningen avsies ved kjennelse mens avgjørelsen av kravet gjøres ved dom. I forbindelse med forslaget om innføring av en adgang for domstolene til å avsi dom allerede i forføyningssaken, uttalte Tvistemålsutvalget:<sup>167</sup>

”I enkelte tilfeller er det behov for en særlig rask avgjørelse, fordi det bare er ved en rask avgjørelse at partenes rettigheter og plikter kan ivaretas. Forholdet kan f.eks. være at en part har leid en eiendom til næring eller bolig for en periode, at det ikke foreligger noe mulig alternativ, og at utleieren nekter å følge avtalen. En dom i ettertid vil ikke sikre at kontrakten blir oppfylt. Den vil bare kunne gi en kompensasjon i form av erstatning, noe som kan være liten trøst for den som har fått sine rettigheter satt til side.”

Deretter uttales det at der det er behov for en rask avgjørelse, må det treffes kjennelse etter reglene om midlertidig forføyning. Som en av grunnene for at det skal gis adgang til samtidig domsavsigelse pekes det på ulempene ved midlertidig forføyning, særlig ved forføyninger som foregriper kravet - at det *legges opp til en omkamp om kravet*. Etter å ha pekt på at retten i mange tilfeller vil ha like godt grunnlag for å avsi en dom allerede i forføyningssaken, som de eventuelt ville hatt i hovedsaken, avsluttes resonnementet med at:<sup>168</sup>

”En felles behandling og avgjørelse vil fremme god prosessøkonomi, og vil sikre at den midlertidige avgjørelse harmonerer med den endelige.”

Å unngå en ”omkamp” har selvfølgelig prosessøkonomiske fordeler, men sett i forhold til et rettssikkerhetsperspektiv er jeg ikke sikker på om det veier særlig tungt. En sentral del ved en midlertidig forføyning er at den nettopp er midlertidig med mulighet for etterfølgende

---

<sup>166</sup> Se punkt 8.4, side 92.

<sup>167</sup> Jf. NOU 2001 nr. 32 side 245.

<sup>168</sup> Jf. NOU 2001 nr. 32 side 246.

justering. At det i enkelte situasjoner faktisk er behov for en mer eller mindre foregripelse av kravet, svekker ikke dette rettssikkerhetshensynet. En foregripelse kan være uheldig dersom den viser seg å være feil. Jeg har likevel vanskelig for å se at det dermed er bedre å avgjøre kravet ved dom med en gang. Ved å la den midlertidige avgjørelsen bli den endelige, unngår man riktignok motstrid mellom avgjørelsene – men er det virkelig best å sementere en eventuell feil med en gang?

Ut fra vilkårene for samtidig domsavsigelse i tvl. § 32-9 kan jeg ikke finne igjen de overfor nevnte synspunktene Tvistemålsutvalget trakk frem for en slik løsning. Utvalget trakk frem blant annet at en avgjørelse i enkelte tilfeller vil komme for sent. Slik jeg leser bestemmelsen er det bare i de tilfellene hvor retten har tilstrekkelig grunnlag for å avsi dom i forføyningssaken, at det kan tillates. Det vil ikke uten videre alltid være tilfelle i de sakene hvor det er behov for en foregripelse av kravet.

Med dette kan man tro at jeg er kritisk til utformingen av bestemmelsen, men det er ikke riktig. Tvert om er jeg av den oppfatning at det er gitt adgang til samtidig domsavsigelse i de tilfellene det er naturlig – når retten har godt nok grunnlag til å avgjøre kravet, og en utsettelse av avgjørelsen ville vært en meningsløs formalisme. Men adgangen til samtidig domsavsigelse vil ikke være enklere i saker hvor det er behov for en foregripelse av kravet enn det vil være i andre saker, slik at tvl. § 32-9 ikke kan brukes som argument for at behovet for en foregripelse av kravet nå er redusert.<sup>169</sup>

Ettersom retten har adgang til å avsi dom under forføyningssaken, vil jeg etter en ”fra det mer til det mindre” tankegang hevde at det bør gis adgang til en foregripelse av kravet der det er behov for det. For eksempel der retten ikke helt finner grunn til å avsi dom etter tvl. § 32-9, fordi det er mulig det vil dukke opp nye bevis innen behandlingen av kravet i hovedsaken, bør retten kunne gjøre det mindre – avsi en kjennelse som riktignok foregriper kravet, men bare gjelder midlertidig inntil domsavsigelsen.

---

<sup>169</sup> Det kan stilles spørsmål ved om ikke en domsavsigelse er bedre enn en ekte foregripelse, men det er ikke en særlig relevant vurdering så lenge vilkårene for samtidig domsavsigelse gjør at tvl. § 32-9 ikke nødvendigvis er anvendelig der det er behov for en foregripelse av kravet.

### 7.3.5 Innvending – alle krav kan ikke sikres

Mot en anledning til foregripelse av kravet kan det innvendes at vi ikke kan ha et rettssystem som beskytter saksøker mot enhver form for urett. Det er blant annet derfor vi har regler om erstatning for skadegjørende handlinger – man kan ikke beskytte seg mot enhver form for skadegjørende handlinger, man må nøye seg med etterfølgende erstatning.

På den annen side kan vel reglene om midlertidig forføyning nettopp sies å ha til hensikt å sikre realiseringen av krav, på den måten at man unngår etterfølgende erstatning. Begrunnelsen er at kravet går ut på noe annet enn penger, og bør derfor ikke uten videre kunne omgjøres til et pengekrav. Likevel ser jeg at det kan være problematisk om rettssystemet skal kunne anvendes i enhver sammenheng saksøker føler seg urettferdig behandlet av saksøkte. Dog er det ingen slik ”terskel” for alminnelige søksmål, jf. tvl. § 1-3. Bør det da være en terskel for å kunne sikre kravet midlertidig? Ja kanskje, etter min mening. Men en kvalifisering av situasjonen foreligger ved at det både i sikringsgrunn bokstav a og b kreves ”vesentlige” forhold.

### 7.3.6 Virkningene av at foregripelse kan tillates

Dersom en foregripelse av kravet tillates i enkelte tilfeller, medfører det ingen dramatik. Det eneste som vil skje er at det blir mulig å sikre krav der det foreligger sikringsgrunn. En åpning for foregripelse vil ikke si at alle de kjennelsene som har avslått bokstav a som sikringsgrunn på grunn av forbudet mot foregripelse av kravet ville fått et annet resultat. Trolig er grunnen til det at forbudet mot foregripelse av kravet, etter min mening, i mange tilfeller har blitt brukt automatisk som begrunnelse for avskjæring av bokstav a som sikringsgrunn, selv om vilkårene i bokstav a uansett ikke var oppfylt. Dette gjelder for eksempel Rt. 2002 side 108, hvor VG ønsket innsyn i Oslo Sporveiers postjournal og begjærte midlertidig forføyning om det. Både lagmannsretten og Høyesterett kom til at bokstav a ikke kunne anvendes ettersom forføyningen ville foregripe kravet, og at vilkårene i bokstav b ikke var oppfylt. Begjæringen ble således ikke tatt til følge. Etter min mening kunne begrunnelsen for å ikke anvende bokstav a like gjerne ha vært at fullbyrdelsen av kravet senere ikke ville bli vesentlig vanskeliggjort dersom det ikke ble gitt en midlertidig

forføyning, jf. vilkåret i bokstav a. Det er lite sannsynlig at kravet på innsyn i dokumentene vil bli vanskelig å fullbyrde senere. Tilsvarende var det i Rt. 2002 side 123 hvor den begjærte forføyningen gikk ut på overskjøting av en eiendom. Det ville ikke vært vanskelig å foreta overskjøtingen senere, jf. rettens vurdering. Det samme gjelder også HR-1997-528-k, det ville ikke vært noe problem å stenge butikkene senere.

En åpning for foregripelse ville ikke medført annet enn at der det er et reelt behov for en sikring, jf. vilkåret om at fullbyrdelsen ellers blir vesentlig vanskeliggjort, gis det anledning til å sikre kravet på eneste eller beste mulige måten å gjøre det på – det kan neppe misbrukes.<sup>170</sup>

En åpning for unntak medfører ikke annet enn at proporsjonalitetsvurderingen etter tvl. § 34-1 annet ledd kommer til anvendelse i flere tilfeller enn med et forbud mot foregripelse av kravet. Således kan man si at betydningen av vurderingen etter tvl. § 34-1 annet ledd vil øke, men jeg kan ikke se noen ulemper ved det. I og med at de ulike interessene i saken skal veies mot hverandre etter tvl. § 34-1 annet ledd, åpnes det for en vurdering hvor retten gis mulighet til å avsi rimelige løsninger i det konkrete tilfellet. Retten får for eksempel anledning til å tillate en foregripelse der saksøker har sterk interesse i dette, og motsatt dersom saksøkte har sterk interesse i å unngå en foregripelse.

Det er opplagt at en forføyning, uansett foregripelse eller ikke, vil ha ulik innvirkning på saksøkte. Ved en ekte<sup>171</sup> foregripelse vil forføyningen faktisk ha en ”endelig” innvirkning ettersom forføyningen erstatter dommen og ikke kan justeres i ettertid. Jo mer inngripende forføyningen er overfor saksøkte, desto mer skal til før retten kan tillate forføyningen. Men dette er vurderinger som omfattes av tvl. § 34-1 annet ledd, og kan ikke være argumenter for å avslå en forføyning som foregriper kravet.

---

<sup>170</sup> Slik vilkårene for midlertidig forføyning er utformet har jeg vanskelig for å se at saksøker kan konstruere en situasjon som medfører at han før dommen gis anledning til å foregripe kravet. For det første er det litt spesielt å utsette seg for den mulighet at fullbyrdelsen av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort og dermed være mer eller mindre avhengig av en midlertidig forføyning. For det andre er det et vilkår at det er saksøktes adferd som er årsaken til behovet for en midlertidig forføyning.

<sup>171</sup> Se punkt 8.5 side 94.

Feil avgjørelse av retten i forføyningssaken medfører lik kompensasjon overfor den skadelidende part enten det er saksøker eller saksøkt. Dersom retten gir en forføyning som ikke var berettiget, må saksøker erstatte saksøkte den skade han blir påført, se tvl. § 32-11. Dersom retten ikke avsier en forføyning som var berettiget, og som dermed medfører at fullbyrdelsen av kravet blir vesentlig vanskeliggjort med påfølgende tap for saksøker, blir saksøkte erstatningsansvarlig etter alminnelige erstatningsregler, for sine skadegjørende handlinger mot saksøkers krav. Jeg kan ikke se at saksøkte har noe større behov for beskyttelse mot å komme i en slik erstatningsberettiget posisjon, enn det saksøker har. Det kan derfor ikke hevdes at eventuelle ulike virkninger av en feil avgjørelse av retten, tilsier at det ikke bør gis anledning til en foregripelse av kravet.

#### 7.3.7 En parallell til strafferettens varetekstfengsling

En forføyning som foregriper kravet kan sammenlignes med påtalemyndighetens anledning til å begjære varetekstfengsling av siktede i en straffesak. Hovedregelen, og en grunnleggende del av strafferetten, er at ingen kan straffes uten dom, jf. Grunnloven § 96. Varetekstfengsling er kun et etterforskningsmiddel, og er *hverken ment eller regnet som straff*. Likevel er det slik at siktede blir fengslet omtrent som om det forelå en dom i saken, etter min mening ”foregripes straffen”.<sup>172</sup> Bakgrunnen for varetekstfengsling er at det i visse tilfeller er behov for å sikre fullbyrdelsen av straffen, som for eksempel der det er fare for unndragelse, jf. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1. Skal siktede kunne bli straffet, må sikringen av straffen enkelte ganger gå ut på en ”foregripelse av straffen” ved en midlertidig fengsling. Dette er uheldig, og derfor er det strenge vilkår for varetekstfengsling i straffeprosessloven § 171, samt en proporsjonalitetsvurdering etter § 170a.

Tilsvarende behov er det i enkelte tilfeller også ved forføyninger i sivile saker. I utgangspunktet skal forføyningen ikke foregripe fullbyrdelsen av kravet, men i enkelte tilfeller må det gjøres dersom kravet skal ha realitet for saksøker på domstidspunktet. Når varetekstfengsling kan tillates i lys av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 96, uten at det

---

<sup>172</sup> Av hensyn til etterforskningen er varetekt som regel til og med under strengere vilkår enn fengslingen vil være, for eksempel ved isolat, jf. straffeprosessloven § 186a.

foreligger en dom, kan jeg ikke se at det kan foreligge noen *mer* tungtveiende momenter i forbindelse med forbudet mot foregripelse av kravet som medfører at en foregripelse av kravet ikke under noen omstendigheter kan tillates ved bokstav a.

### 7.3.8 Umiddelbar fagedforretning<sup>173</sup>

I Danmark har de ”foreløpige rettsmidler” som kan sammenlignes med midlertidig forføyning. Forskjellen er imidlertid at det kun kan nedlegges forbud. Men i Danmark har de i tillegg noe de kaller ”umiddelbare fagedforretninger” som imøtekommer et behov for foregripelse av kravet, dog bare ved besittelseskraav på fast eiendom og løsøre.

Det fremgår av retsplejeloven § 596 at besittelseskraav som nevnt i § 528 kan tvangsfullbyrdes ved ”umiddelbar fagedforretning” når den berettigede kan godtgjøre eller sannsynliggjøre sitt kraav mot forpliktede. Retsplejeloven § 528 omhandler kraav om at forpliktede skal fraflytte en eiendom, eller gi den berettigede rådigheten over eiendommen. Bestemmelsen omhandler også overlevering av løsøre.

I følge Bruun m.fl. (2005) har umiddelbare fagedforretninger lang tradisjon i teori og praksis, og ble kodifisert i retsplejeloven i 1993. Betegnelsen ”umiddelbare” kommer av at kraavet kan tvangsgjennomføres uten alminnelig tvangsgrunnlag. Berettigede slipper å erverve dom for sitt kraav og kan gå rett til fagedretten. Dette tilsier at sannsynliggjøringen av kraavet og dets innhold bør være forholdsvis ukomplisert.

Reglene om umiddelbare fagedforretninger gjelder besittelseskraav, hvor hurtig fullbyrdelse ofte kan ha stor betydning for partene. Dette taler for at berettigede hurtig bør kunne komme til sin rett, men også for at det kan være betenkelig uten grundigere behandling av kraavet å skille forpliktede fra sin pretenderte rett. Dette gjelder ikke minst når en del av skadevirkningene for forpliktede kan være umulig å kompensere gjennom erstatning, hvor det viser seg at berettigede ikke hadde et kraav.

I dansk rett har man sett behovet for foregripelse, og tillat det. I det minste i enkelte situasjoner. Slik jeg ser det, illustrerer dette at det kan være behov for foregripelse, som igjen trekker i retning av at det bør gis anledning til det også i norsk rett. Det er ikke noe vilkår for

---

<sup>173</sup> Jf. Bruun m.fl. (2005) side 492-499, 588-600 (og side 717 flg.).

umiddelbar fagedforretning at saksøker vil påføres skade eller lignende om han ikke tilkjennes en slik fagedforretning, sml. ”vesentlighets vilkårene” i tvl. § 34-1 første ledd bokstav a og b. Derfor bør det kunne åpnes for foregripelse i de tilfellene hvor bokstav a kommer til anvendelse, samt er behov for foregripelse av kravet.

## **8 Mer om ulike former for foregripelse**

### **8.1 Innledning**

Jeg vil betegne noen former for foregripelse av kravet som Westberg (2004) har foretatt en kategorisering av. Westberg bruker begrepene ”uekte” og ”ekte” foregripelse, noe jeg vil gjennomgå i det følgende. Det er ingen som har bearbeidet forbudet mot foregripelse av kravet i norsk rett på samme måte som Westberg har gjort i svensk rett. Forbudet i norsk rett er ikke mer nyansert enn det jeg har gitt uttrykk for ovenfor – kravet skal ikke foregripes, og det er angitt til at forføyningen ikke må falle sammen med kravet.<sup>174</sup> Se mer om sammenligningsgrunnlaget i neste kapittel, side 96.

Fremstillingen her bygger på Westbergs utredning. Men de fleste eksemplene er mine egne, og punkt 8.3 side 91, og 8.5 side 94, er mine egne synspunkter som Westberg ikke har vært inne på. I hvilken grad fremstillingen for øvrig er basert på Westberg, vil fremgå av teksten.

I utgangspunktet vil en forføyning som går ut på det samme som påstanden om domsslutning gjøre dommen mer overflødig enn den blir sikret. Ettersom saksøker får alt med en gang, kan det skje at det ikke er noe igjen som må sikres med tanke på domsavsigelsen.<sup>175</sup> Det som nå er sagt:<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Se Schei m.fl. (2007) side 1432, og Rt. 1987 side 242 på side 244. Med det mente Høyesterett i én kjennelse; forføyningen ”i sitt resultat”, jf. Rt. 1973 side 767, mens i en annen kjennelse gjaldt det forføyningen ”i sitt innhold”, jf. Rt. 1998 side 139.

<sup>175</sup> Se skillet mellom uekte og ekte foregripelse i punkt 8.2, og 8.4 side 92.

”skall inte missförstås så att varje ansökan skall ogillas redan därför att identitet råder mellan yrkandet på dom och yrkandet på säkerhetsåtgärd. Det finns undantagsfall där en ansökan trots identiteten kan bifallas.”

I svensk rett skal forføyningen hovedsakelig unngå å foregripe kravet, men det er samtidig åpnet for unntak. Et sentralt punkt i en slik vurdering er, i følge Westberg (2004), om dommen på forføyningstidspunktet kun kan bli meningsfull dersom det gis en midlertidig forføyning.<sup>177</sup>

## 8.2 Uekte foregripelse

Med ”ukekte” foregripelse kan man forstå forføyninger som har samme funksjon som dommen, men bare gjelder midlertidig inntil domsavsigelsen. En sentral side av en uekte foregripelse er at dommen ikke blir overflødig.<sup>178</sup> Dette er det samme som ved forføyninger som sikrer kravet, men ved uekte *foregripelse* vil altså forføyningen gå ut på det samme som domsslutningen. For saksøker vil dommen fortsatt være nødvendig for tiden etter domsavsigelsen. Det kan være behov for uekte foregripelse ved beskyttelse av bestående rettigheter, hvor kravet og søksmålet i hovedsaken vil gå ut på beskyttelse. Forføyningen vil typisk forby saksøktes inngrep og skadegjørende handlinger på saksøkers rettighet. Et eksempel kan være strid mellom to naboer om felling av et tre. Striden kan gå ut på om treet står slik at det kan kreves felt etter nabolovens § 3 jf. § 10. Dersom naboen tar sak(g)en i egne hender og vil felle treet, er det behov for en midlertidig sikring av kravet til eieren, dersom treet skal bli stående. En dom i saken om noen måneder kommer selvfølgelig for sent. Skal eieren av treet ha mulighet til å sikre at treet blir stående, er det helt avgjørende med en snarlig, midlertidig forføyning. Naboen må forbys å felle treet. Forføyningen vil ha samme innhold som dommen, og dermed foregripe den endelige avgjørelsen.<sup>179</sup> Men

---

<sup>176</sup> Westberg (2004) bok 2, side 165.

<sup>177</sup> Westberg (2004) bok 2, side 165.

<sup>178</sup> Jf. Westberg (2004) bok 1, side 97.

<sup>179</sup> Dersom kravet sikres ved midlertidig forføyning, vil påstanden i hovedsaken endres fra fullbyrdelse av kravet til en fastsettelse av saksøkers rett, dersom saksøkte ser ut til å respektere dette. Men en slik endring



foregripelsen består ikke i mer enn at forføyningen gir samme beskyttelse som dommen frem til den blir avsagt. Forføyningen gjør dermed ikke dommen meningsløs. Ved ”ekte” foregripelse får derimot forføyningen slik virkning, se punkt 8.4, side 92. Dersom dommen avgjør at treet ikke skal felles, har forføyningen sikret at det gir mening med en slik domsslutning. Dersom dommen avgjør at treet kan felles, kan naboen iverksette dette. Dette eksempelet illustrerer behovet for beskyttelse inntil domsavsigelsen.<sup>180</sup>

### 8.3 Uekte i sin form, men i realiteten endelig

I enkelte situasjoner kan en forføyning se ut til å innebære en uekte foregripelse av kravet, mens det i realiteten medfører en endelig avgjørelse for saksøkte. Det er avhengig av hvilken part en ser situasjonen fra. For eksempel ved forføyninger som beskytter kravet frem til domsavsigelsen. Saksøkte forbys sine inngripende handlinger inntil domsavsigelsen. Da kan det vise seg at saksøktes eneste mulighet til å gjennomføre sine handlinger var i den perioden forføyningen forbød han å foreta handlingen. Det gjør at for saksøkte medførte forføyningen en endelig hindring av hans rett. Et eksempel kan være der saksøker hevder å ha opphavsretten til et produkt som saksøkte forsøker å få ut på markedet. Retten finner det sannsynliggjort at saksøker har opphavsretten til dette produktet, og avsier en midlertidig forføyning om at saksøkte forbys å distribuere produktet inntil kravet er avgjort ved dom. Dersom saksøktes mulighet til å få sitt produkt ut på markedet står og faller på en kontrakt med en tredjepart i den perioden, og som forhindres ved forføyningen, kan forføyningen medføre en endelig avgjørelse av saksøktes mulighet for å få produktet på markedet. Dersom forføyningen var avsagt med rette er det ikke noe problem, men hvis retten har vurdert kravet til saksøker feil og kjennelsen om midlertidig forføyning dermed var gal, er det svært uheldig at det medførte endelige virkninger for saksøkte. Det kan dermed ikke bare fokuseres på

---

kommer som en følge av forføyningen, slik at det etter min mening ikke kan argumenteres for at forføyningen av den grunn ikke foregriper kravet.

<sup>180</sup> Westberg (2004) bruker beskyttelse av immaterielle rettigheter som eksempel på uekte foregripelse.

Kjæremålsutvalget på sin side kom til at det i et tilsvarende tilfelle, ikke var en foregripelse av kravet, jf. Rt. 2003 side 1165. Mer om kjennelsen i kapittel 9, side 96.

saksøkers forhold ved vurderingen av om forføyningen vil medføre en ekte eller uekte foregripelse av kravet. Også saksøktets forhold må komme i betraktning. Det er nettopp slike vurderinger tvl. § 34-1 annet ledd omfatter, se punkt 7.3.2 side 80.

#### 8.4 Ekte foregripelse – helt eller delvis

Med ”ekte” foregripelse kan man forstå forføyninger som medfører en mer eller mindre endelig avgjørelse av saken, slik at dommen blir tilsvarende overflødig.<sup>181</sup> Dersom saksøker gis en slik forføyning har han ikke lenger behov for dommen. For eksempel kan en part ha leid en hytte for påskeferien, og to måneder før påskeferien viser det seg at utleier har lagt andre planer. Det kan være at hytten har blitt leid ut til noen andre, at utleier vil bruke den selv eller at hytten skal rives før påskeferien. Dersom leietakeren av hytten ikke får en rask avgjørelse, blir det umulig å fullbyrde kravet senere. Påskeferien det året kommer aldri tilbake, og kan ikke fullbyrdes ved en dom i saken etter påskeferien.<sup>182</sup> Spørsmålet er om leietaker i en slik situasjon skal stå uten rettslige virkemidler med den følge at kravet mister sin betydning, eller om det må vurderes å tillate en forføyning som medfører en ekte foregripelse av kravet. Det er ikke mulig å sikre leietakerens krav på bruk av hytten i påskeferien på annen måte enn naturaloppfyllelse. Forføyningen kan enten gå ut på at utleieren forbys å rive hytten eller leie den ut til andre, eller at utleier plikter å stille hytten til

---

<sup>181</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 96.

<sup>182</sup> Eksemplet er basert på et eksempel i NOU 2001 nr. 32 side 245 om leie av bolig for en periode.

disposisjon for leietakeren.<sup>183</sup> Uansett vil forføyningen medføre at kravet på bruk av hytten i påskeferien blir fullbyrdet, og vil dermed få samme virkning som en dom.<sup>184</sup>

Slik jeg vurderer dette eksemplet vil ikke bokstav b være anvendelig. Vilkåret om vesentlig skade eller ulempe er etter min mening neppe oppfylt. Om for eksempel en familie ikke får være på den hytten de har leid for påsken et år, anser jeg ikke for å innebære en vesentlig skade eller ulempe for dem. Uansett er jeg tvilende til om dette er en situasjon som omfattes av bokstav b. Selv om det hadde medført vesentlig skade eller ulempe for saksøker, ville ikke kravet kunne sikres i medhold av bokstav b. Slik jeg ser det, blir det spørsmål om problemene med fullbyrdelsen medfører en vesentlig skade eller ulempe for saksøker, og dette er en sammenblanding av vilkårene i bokstav a og b, som jeg mener ikke kan være helt treffende, jf. punkt 6.2 side 66.

En forføyning bør helst ikke ha virkning som en dom. Likevel bør det ikke nødvendigvis være slik at forføyninger som medfører ekte foregripelse skal være automatisk avskåret. Grunnen til det er at saksøker er avhengig av en avgjørelse før domsavsigelsen - på domstidspunktet er det ikke lenger mulig å fullbyrde kravet. Dette er tilfellet der kravet på en eller annen måte mister mer eller mindre realiteten med tiden, enten med tiden som sådan eller ved forbruk.<sup>185</sup> Dersom saksøker for eksempel har et krav som knytter seg til et gitt tidsrom, kan det hende at en fullbyrdelse av kravet utenfor det tidsrommet ikke er mulig. I slike tilfeller blir det spørsmål om en mer eller mindre endelig foregripelse av kravet, og på

---

<sup>183</sup> Det første alternativet kan i teorien se ut til å sikre kravet på bruk av hytten, ved at eventuelle hindringer forbys, og at det således ikke innebærer en foregripelse av kravet. Men skal forføyningen ha realitet for kravet til leietakeren, så må det være fordi en slik forføyning samtidig innebærer at leietakeren får bruke hytten. Hvis det ikke er sikkert, vil forføyningen måtte gå ut på det siste alternativet, hvor utleieren plikter å stille hytten til disposisjon for leietakeren. Slik at selv om et forbud mot handlinger som vil hindre leietakerens bruk, sikrer kravet, medfører det i realiteten en foregripelse av kravet. Begjæringen om midlertidig forføyning skyldes at leietakeren mener fullbyrdelsen av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort dersom det ikke gis en forføyning, og en forføyning skal da sikre at kravet blir gjennomført etter avtalen.

<sup>184</sup> Med tanke på fullbyrdelsen av kravet. Likevel medfører ikke forføyningen en rettslig avgjørelse av kravet, bare en faktisk avgjørelse.

<sup>185</sup> Se Westberg (2004) bok 2, side 168.

den måten at en senere domsavsigelse blir overflødig, bortsett fra som en etterfølgende kontroll av om kravet ble riktig avgjort.

En forføyning som innebærer en ekte foregripelse av kravet kan ikke godtas i annet enn særlige unntakstilfeller, men domstolene er ikke avvisende til å avsi slike forføyninger i svensk rett ifølge Westberg.<sup>186</sup> Dersom sikringsgrunnen er bokstav b, ser det ut til at en slik foregripelse er helt uproblematisk i norsk rett, jf. Rt. 1994 side 291.

En forføyning som går ut på ekte foregripelse av kravet vil medføre en endelig avgjørelse som ikke kan omgjøres senere. Alternativt dersom forføyningen ikke tillates, vil ikke den etterfølgende dommen ha betydning fordi det ikke lenger er mulig å fullbyrde kravet. Det som kjennetegner en situasjon hvor det er behov for en ekte foregripelse av kravet, er at dommen uansett vil bli overflødig eller betydningsløs. Spørsmålet blir da hvilken parts interesser det skal tas hensyn til.<sup>187</sup> Den vurderingen ivaretas av tvl. § 34-1 annet ledd.

Det kan kanskje trekkes et skille mellom ”hel” og ”delvis” ekte foregripelse.<sup>188</sup> Avhengig av hvilket tidspunkt dommen kommer på, kan hele eller deler av kravet tilhøre fortiden. Dersom deler av kravet fortsatt gjenstår til fullbyrdelse på domstidspunktet, har forføyningen bare innebåret en ”delvis” ekte foregripelse. Dersom dommen kommer etter at hele kravet er forbi, vil en foregripende forføyning ha foregrepet ”hele” kravet.

## 8.5 Skillet mellom ekte og uekte foregripelse

Et skille mellom uekte og ekte foregripelse kan tilsynelatende virke enkelt å vurdere. Der dommen ikke blir erstattet av forføyningen foreligger det en uekte foregripelse, men der dommen blir overflødig på grunn av forføyningen, foreligger det ene ekte foregripelse. Det som om mulig klassifiserer forføyningen til å være en uekte foregripelse er at den ”setter situasjonen på vent”, slik at saksøkte bare må vente litt – i utgangspunktet vil han ikke miste muligheten. Derimot vil en ekte foregripelse medføre en endelig avgjørelse der og da, hvor

---

<sup>186</sup> Se Westberg bok 2, side 169.

<sup>187</sup> Jf. Westberg bok 2, side 168.

<sup>188</sup> Et slik skille opererer ikke Westberg med.

enkelte deler ikke kan omgjøres eller reverseres senere. Ut i fra dette kan man kanskje tro at et godt skille mellom ekte og uekte foregripelse går ved om det forføyningen innebærer er reversibelt ved den kommende dommen. Hvor grensen går for om forføyningen medfører noe som blir endelig, og ikke kan omgjøres senere eller ikke, kan være vanskelig å fastsette. Blant annet vil en uekte foregripelse, som går ut på at saksøkte forbys visse handlinger inntil domstidspunktet, samtidig i realiteten kunne være en endelig avgjørelse av kravet for det tidsrommet – tiden kommer aldri tilbake igjen. Der tiden er en sentral del av kravet, som for eksempel ved avtaler om forbud mot konkurrerende virksomhet i en viss periode, vil en forføyning som påvirker avtalen i den perioden innebære en ekte foregripelse av kravet.<sup>189</sup> I andre tilfeller, hvor tiden ikke på samme måte er uttalt av stor betydning, kan det bli vanskeligere å vurdere. For eksempel hvis saksøker gis tillatelse til å bruke en gjenstand i tiden frem til domstidspunktet, fordi det er sannsynliggjort at saksøker har krav på gjenstanden, vil det trolig også innebære at saksøkte ikke får benytte gjenstanden i samme tidsrom. Dersom gjenstanden er en bil med teoretisk levetid på 10 år, vil saksøkers bruk av bilen i 6 måneder etter min mening innebære en delvis ekte foregripelse av kravet på eiendomsretten til bilen.

Når en uekte foregripelse av kravet kan vise seg å være avgjørende for saksøkte, som i eksemplet hvor saksøkte holdes borte fra sin eneste mulighet til å få et produkt ut på markedet, eller når en forføyning kan være vanskelig å klassifisere som enten uekte eller ekte foregripelse, tilsier det at skillet mellom uekte og ekte foregripelse ikke kan være avgjørende for vurderingen om forføyningen skal tillates. Dog vil nok skillet likevel kunne fungere som en pekepinn på hvor inngripende forføyningen vil være, jf. proporsjonalitetsvurderingen i tvl. § 34-1 annet ledd.

---

<sup>189</sup> Jf. Westbergs eksempel bok 2, side 169.

## 9 Vurderingsgrunnlaget for om det foreligger en foregripelse

### 9.1.1 Rt. 2003 side 1165

Forføyningen må ikke foregripe fullbyrdelsen av kravet, er rettsregelen som er uttalt i rettspraksis. Kravet skal eventuelt fullbyrdes etter dom i hovedsaken. Men for å avgjøre om det foreligger en foregripelse av fullbyrdelsen av kravet, skal forføyningen sammenlignes med kravet, eller påstanden som nedlegges i hovedsaken ettersom det er påstanden som eventuelt skal fullbyrdes?

I Rt. 2003 side 1165 tok Høyesteretts kjæremålsutvalg tilsynelatende stilling til problemstillingen.<sup>190</sup> Saken gjaldt saksøktes utgivelse av en bok, som etter saksøkers mening stred mot hans opphavsrett. Saksøker begjærte midlertidig forføyning for å få stanset utgivelsen. Saksøker fikk medhold i tingretten, men ikke i lagmannsretten. Flertallet i lagmannsretten fant ikke vilkårene i tvangsfullbyrdesloven § 15-2 bokstav b oppfylt, og konstaterte i forhold til bokstav a:

”Reglene i tvangsfullbyrdesloven § 15-2 første ledd (a) kan etter flertallets mening ikke anvendes, ettersom saksøkers påstand i realiteten innebærer en forhåndsfullbyrdelse av [...]kravet. I et slikt tilfelle kan forføyning bare besluttes etter alternativ (b).”

Høyesteretts kjæremålsutvalg mente lagmannsretten flertall ikke hadde tolket innholdet av ”[...]kravet” riktig, ved at de etter kjæremålsutvalgets oppfatning hadde tolket hva som var kravet ut i fra påstanden som var nedlagt i stevningen. Kjæremålsutvalget viste til lagmannsrettens mindretalls vurdering, og at mindretallets uttalelser ikke var uttrykk for en uriktig lovtolkning.

---

<sup>190</sup> Kjæremålsutvalget kjennelse er etter min mening vanskelig å tolke, ettersom det ikke ble uttalt i klar tekst hva som var galt med lagmannsrettens lovforståelse, til forskjell fra det kjæremålsutvalget mente var en riktig lovforståelse.

Mindretallet mente saksøkers påstand i saken var formulert som et krav, om at saksøkte skulle stanse distribusjonen, men at det bakenforliggende kravet var opphavsretten til oversettelsen.

Jeg tolker kjæremålsutvalget slik at de mener det er fullbyrdelsen av *kravet* som ikke skal foregripes, og at man da må fastlegge hva som er kravet.

Kjæremålsutvalget nevner ikke noe om foregripelse, som var begrunnelsen til lagmannsrettens flertall for å avslå bokstav a som sikringsgrunn. Jeg tolker derimot kjæremålsutvalget dit hen, at dersom lagmannsrettens flertall hadde forholdt seg til kravet til saksøker ved vurderingen av om det forelå en foregripelse, ville de kommet til at så ikke var tilfelle. Det vil si at kravet om opphavsrett ikke foregripes ved en forføyning som går ut på at saksøkte skal stanse utgivelsen av boken.<sup>191</sup>

Dersom det er en riktig tolkning av kjennelsen, vil det si at kjæremålsutvalget legger til grunn at for å avgjøre om forføyningen foregriper fullbyrdelsen av kravet, må man sammenligne forføyningen med kravet – ikke påstanden i hovedsaken. Falkanger m.fl. (2008) tolket kjennelsen slik.<sup>192</sup> Schei m.fl. (2007) er ikke like tydelig, men er trolig av samme oppfatning ettersom det påpekes at krav og påstand ikke er identiske, med en henvisning til Rt. 2003 side 1165. Videre sies det at det er viktig å skille klart ettersom forføyningen skal sikre kravet, ikke foregripe fullbyrdelsen av dette.<sup>193</sup>

Jeg er enig i at dette er den tolkningen av kjæremålsavgjørelsen som er mest naturlig. Likevel hadde det vært ønskelig at kjæremålsutvalget hadde uttrykket seg litt klarere, særlig hvis en leser kjennelsen fra lagmannsretten.<sup>194</sup>

Ut i fra kjæremålsutvalgets uttalelser kan det se ut som om lagmannsrettens mindretall var uenige med flertallet i hva som var kravet til saksøker, og innholdet i forbudet mot foregripelse av kravet. Men lagmannsrettens mindretall nevner ikke noe om foregripelse

---

<sup>191</sup> Det er trolig samme forståelse som ligger til grunn for flere senere avgjørelser vedrørende immaterielle rettigheter. Der er det lagt til grunn, som i Rt. 2003 side 1165, at kravet om en immateriell rettighet ikke foregripes ved at saksøkte forbyr å gjøre inngrep. Se LE-2008-48261 og RG 2005 side 1089.

<sup>192</sup> Se Falkanger m.fl. (2008) side 1155.

<sup>193</sup> Se Schei m.fl. (2007) side 1432 og 1466.

<sup>194</sup> LB-2003-1175.

av kravet i det som er inntatt i kjæremålsutvalgets kjennelse. Forholdet til forbudet mot foregripelse av kravet følger i mindretallets begrunnelse *etter* det som er gjengitt av Høyesterett. Lagmannsrettens mindretall konstaterer der at forføyningen:

”går i dette tilfellet delvis<sup>195</sup> ut på å få gjennomført det samme som søkes gjennomført i hovedsaken. Som utgangspunkt er det ikke adgang til å gi midlertidig forføyning etter § 15-2 (a) i et slikt tilfelle”

Lagmannsrettens mindretall argumenterer deretter for at de kjennelsene som tidligere har trukket opp forbudet mot foregripelse av kravet ikke har omhandlet immaterielle rettigheter. Etter å ha argumentert for behovet for beskyttelse og et klart sannsynliggjort krav, mener mindretallet at den tidligere praksisen ikke er til hinder for at det gis en forføyning med grunnlag i bokstav a.

Slik jeg leser lagmannsrettens uttalelser i sin helhet, er vel egentlig flertallet og mindretallet enige om hva som er kravet i saken<sup>196</sup> og at det foreligger en foregripelse av det.<sup>197</sup> Men mindretallet er tilbøyelige til å vurdere forbudet og kommer til at det ikke kan sies å gjelde i dette tilfellet. Mindretallets gjennomgang av saksøkers krav, som kjæremålsutvalget viser til, oppfatter jeg ikke som et forsøk fra mindretallet på å argumentere imot flertallets forkastelse av bokstav a som sikringsgrunn, noe som Rt. 2003 side 1165 ser ut til å gi uttrykk for. Men heller mindretallet foretok en grundig gjennomgang av saksøkers sannsynliggjorte krav og behov for sikring, for å gi *en god begrunnelse for sin konklusjon* om en åpning for sikring ved midlertidig forføyning, *til tross for* en delvis foregripelse av fullbyrdelsen av kravet.

Kjærmålsutvalget bruker likevel mindretallets gjennomgang av kravet tilsynelatende som en begrunnelse for at flertallet har misforstått forbudet mot foregripelse av fullbyrdelsen av kravet, og at man ved riktig forståelse hadde unngått forbudet mot foregripelse av kravet -

---

<sup>195</sup> Sml. det Westberg (2004) kaller uekte foregripelse, hvor forføyningen ikke erstatter dommen men gjelder i tiden frem til domsavsigelsen. Se punkt 8.2 side 90.

<sup>196</sup> Jf. flertallets og mindretallets behandling av kravet, som begge omtaler som oversettelsesrettigheten.

<sup>197</sup> Det er i hvert fall ikke noe som tyder på at mindretallet foretok en annen vurdering ved spørsmålet om foregripelse av kravet enn det flertallet (etter kjæremålsutvalgets oppfatning) gjorde.



en konklusjon jeg ikke kan se var mindretallets målsetning med sitt resonnement, jf. også mindretallets konklusjon om at det forelå en foregripelse.

Slik jeg leser avgjørelsene fra lagmannsretten og Høyesterett, mener begge instanser at kravet til saksøker er opphavsretten til oversettelsen. Det gjør både flertallet og mindretallet i lagmannsretten.<sup>198</sup> Flertallet i lagmannsretten mente forføyningen om å stanse utgivelsen av boken foregrep kravet, og at bokstav a derfor ikke var anvendelig. Mindretallet mente også at forføyningen foregrep kravet, men var tilbøyelige til å se på tidligere praksis og behovet til saksøker, og mente derfor at forføyningen burde tillates, selv om den foregrep kravet. Kjæremålsutvalget, derimot, mente tydeligvis at forføyningen ikke foregrep kravet.

Jeg er av den oppfatning at kravet til saksøker ikke var opphavsretten som sådan. Opphavsretten var, etter min mening, påstandsgrunnlaget, jf. tvl. § 11-2 første ledd. Kravet til saksøker var at saksøkte ikke skulle handle i strid med opphavsretten. Det vil si at forføyningen og kravet gikk ut på det samme, og det innebar en foregripelse.<sup>199</sup>

Ved å sammenligne forføyningen med kravet unngikk kjæremålsutvalget forbudet mot foregripelse av kravet. Dersom det hadde vært en riktig vurdering av kravet ville Høyesterett etter min mening samtidig unngått de bakenforliggende hensynene. Én ting er å tolke rettsregelen til ikke å komme til anvendelse, som kjæremålsutvalget gjorde i Rt. 2003 side 1165. Vanskeligere er det å unngå de bakenforliggende hensynene. Så vidt jeg kan skjønne er et grunnleggende hensyn bak forbudet mot foregripelse av kravet at saksøker ikke bør få det som søkes oppnådd i dommen allerede i forføyningssaken. Ved å tillate forføyninger som går ut på at saksøkte skal unnlate å foreta handlinger i strid med en opphavsrett, tillates nettopp en foregripelse av det dommen eventuelt vil gå ut på. Riktignok vil forføyningen bare gjelde midlertidig inntil domsavsigelsen, men den gir saksøker akkurat den samme beskyttelsen som søkes oppnådd ved dommen – og hensynene bak forbudet mot foregripelse av kravet gjør seg gjeldende.

---

<sup>198</sup> Mindretallet i lagmannsretten sier riktignok ett sted at kravet er opphavsretten som sådan, og litt senere at saksøker har et krav om at oversettelsen ikke skal gis ut og spres, jf. sitatet i Rt. 2003 side 1165.

<sup>199</sup> Det vil si at de nevnte avgjørelsene i note 191 på side 97, som følger resonnementet fra Rt. 2003 side 1165 også er lite treffende i forhold til forbudet mot foregripelse, ettersom de har lagt kjæremålsutvalget forståelse til grunn for angivelsen av kravet. Det foreligger en foregripelse av kravet også i de sakene.

Ved en generell vurdering av hva som er kravet til saksøker, som Rt. 2003 side 1165 legger opp til, mister man det konkrete perspektivet i forhold til saken. Særlig må det fremheves at et søksmål og en begjæring om midlertidig forføyning alltid er rettet mot noen. For eksempel kan et krav om eiendomsrett berøre mange parter, og det kan nedlegges ulike påstander ovenfor ulike saksøkte. I den konkrete saken er kun forholdet mellom saksøker og saksøkte interessant. Saksøker må ha et krav mot saksøkte, jf. tvl § 1-3 annet ledd. Det vil si at saksøkte må kunne oppfylle saksøkers krav. Det var ikke tilfelle i Rt. 2003 side 1165 dersom en sier at kravet var opphavsretten som sådan – saksøkte kunne ikke gi saksøker en slik opphavsrett. Enten har saksøker opphavsretten, eller så har han den ikke, men det kunne ikke fullbyrdes overfor saksøkte med kjennelsen i Rt. 2003 side 1165.

### 9.1.2 Konklusjon

Trolig kommer man til samme svar ved en vurdering om det foreligger en foregripelse, enten man sammenligner med kravet eller påstanden i hovedsaken. Når saksøker ønsker et krav fullbyrdet, er det naturlig at fullbyrdelsen går ut på det samme som kravet, slik at påstanden om fullbyrdelse blir identisk med kravet.

Det helt sentrale er likevel, slik jeg ser det, *fullbyrdelsen* av kravet. Da er jeg av den oppfatning at det blir mest presist å forholde seg til fullbyrdelsen ved vurdering av om denne foregripes. Det er saksøkers påstand som er mest retningsgivende for hva fullbyrdelsen vil gå ut på.

Betegnelsen ”krav”, og avgjørelsen av innholdet i det konkrete tilfellet, er et vanskelig tema innen sivilprosessen. Vurderingen har betydning blant annet i forbindelse med prosessforutsetningene i tvl. § 1-3, rettskraft, jf. tvl. §§ 19-14 til 19-16, og litispendens, jf. tvl. § 18-1. Til forskjell fra de nevnte eksemplene er det, etter min mening, ikke en like sentral vurdering ved spørsmålet om foregripelse, og heller ikke en nødvendig vurdering.

Et enklere vurderingsgrunnlag vil, slik jeg ser det, være påstanden til saksøker i hovedsaken. I tillegg til at det kan være nedlagt en påstand i en eventuell stevning, vil retten allerede ha tatt stilling til hva saksøker ønsker å oppnå ved vurderingen av vilkårene i bokstav a. Saksøker må sannsynliggjøre at det vil bli vesentlige problemer med fullbyrdelsen av kravet, slik at vilkåret i bokstav a fremhever hva saksøker ønsker at fullbyrdelsen skal gå

ut på – og saksøkers påstand vil være i overensstemmelse med dette. Den ikke helt treffende vurderingen av kravet i Rt. 2003 side 1165, ville trolig vært unngått dersom retten hadde forholdt seg mer til saksøkers påstand og fullbyrdelsen av kravet, enn kravet isolert sett. Når både flertallet og mindretallet i lagmannsretten hadde samme oppfattelse av kravet som kjæremålsutvalget, men likevel kom til det riktige resultatet om at det forelå en foregripelse av kravet, så tyder det på at lagmannsretten forholdt seg til noe annet enn kravet ved vurderingen av foregripelse. Det kan illustrere at det er enklere å forholde seg til saksøkers påstand når det vurderes om det foreligger en foregripelse av fullbyrdelsen av kravet.

Mitsem (1992) sier klart at det er påstanden som nedlegges i hovedsaken som skal tvangsfullbyrdes, og som således er referansepunkt for spørsmålet om det foreligger en foregrepet fullbyrdelse.<sup>200</sup>

Om svensk rett uttaler Westberg (2004) at en midlertidig forføyning sikrer at en dom over en sivil rettighet kan realiseres,<sup>201</sup> og at en forføyning som erstatter en dom i utgangspunktet ikke skal tillates.<sup>202</sup> I prinsippet skal ikke en midlertidig forføyning være identisk med den endelige avgjørelsen,<sup>203</sup> og det skal i utgangspunktet ikke være identitet mellom forføyningen og innholdet i påstanden om dom.<sup>204</sup> Som følge av det har Westberg brukt en tvist om immaterielle rettigheter, som var tilfelle i Rt. 2003 side 1165, som et *eksempel på foregripelse* av fullbyrdelsen av kravet.<sup>205</sup> Den midlertidige forføyningen vil ha samme innhold som dommen – saksøkte forbys sine inngrep i den immaterielle rettigheten.

Hva som er kravet til saksøker er en vanskelig vurdering. Kravet ”svever i teorien” et sted mellom de rettsstiftende faktiske forhold og rettsvirkningene.<sup>206</sup> Rt. 2003 side 1165 er, slik jeg ser det, et eksempel på at retten kan vurdere kravet feil og dermed ikke få med seg den riktige problemstillingen dersom man forholder seg til kravet ved vurderingen av

---

<sup>200</sup> Se Mitsem (1992) side 205. Se også side 140 if.

<sup>201</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 92.

<sup>202</sup> Se Westberg (2004) bok 2, side 164.

<sup>203</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 94.

<sup>204</sup> Se Westberg (2004) bok 1, side 95 if. Jeg har forstått ”yrkande” tilsvarende som ”påstand” i norsk rett.

<sup>205</sup> Se Westberg (2004) bok 2, side 166.

<sup>206</sup> Se Robberstad (2006) side 156, ”Jakten på kravet” hvor bedømmelsen av om to krav er like eller forskjellige behandles, samt problemene med å spesifisere kravet.

foregripelse. Det er både enklere og sikrere å sammenligne med påstanden ved vurderingen av om forføyningen foregriper fullbyrdelsen av kravet.

## 10 Avslutning og konklusjon

### 10.1 Den låste rettsoppfatningen

Eckhoff (2000) skriver at domstolene gjerne vil holde fast ved sine avgjørelser:<sup>207</sup>

”Dette er en naturlig følge av at mennesker ikke så lett skifter standpunkt og at ikke minst dommere legger vekt på å opptre konsekvent. Dessuten er det arbeidsbesparende å holde fast ved standpunkt man en gang har inntatt”.

Om dette er noe av grunnen til at ankeutvalget holder fast ved uttalelsene fra 1973-kjennelsen, vites ikke. Praksisen jeg har vist til i denne oppgaven vedrørende bokstav a og bokstav b, viser hvordan Høyesterett på dette området er låst ved rettsanvendelsen til kjæremålsutvalget i 1973-kjennelsen.<sup>208</sup> Høyesterett ser, etter min mening, ikke ut til å være villige til å foreta en behandling av problemstillinger de med god grunn kunne tatt stilling til. Dette gjelder både ved anvendelsen av bokstav a, jf. Rt. 2009 side 154, og bokstav b, jf. Rt. 1994 side 291. I de nevnte kjennelsene ville ikke Høyesterett vike en tomme fra det som ble uttalt i 1973-kjennelsen – det skal ikke foregripes ved bokstav a, og foregripelse er godtatt ved bokstav b.

Slik jeg ser det kom Høyesterett litt skjevt ut i de første kjennelsene på 1960-, 1970- og 1980-tallet. Det er nok neppe grunnlag for å klandre Høyesterett av den grunn. Særlig i forbindelse med arbeidet med tvangsfuldbyrdsloven i 1915, men også i 1992, kunne det

---

<sup>207</sup> Se Eckhoff (2000) side 155.

<sup>208</sup> Forbudet mot foregripelse bygger i stor grad også på Rt. 1969 side 1402, men det er forståelsen som det ble gitt uttrykk for i 1973-kjennelsen som har blitt fulgt i ettertid, jf. skillet mellom bokstav a og b.

forventes mer av lovgiver. Ved avskriften av østerriksk rett, kunne Civilproceslovkommissionen (1908) ha redegjort mer for reglene. Da lovgiver i 1992 fant det best å endre ordlyden, uten å bemerke hvorfor, eller hvordan loven da skulle forstås, er det klart at det ikke blir lettere å praktisere bestemmelsen om sikringsgrunn. Juridisk teori har heller ikke bidratt til å lette situasjonen for Høyesterett.

Det er ikke enkelt å skille mellom ”midlertidig sikring” og ”midlertidig ordning”, og er det egentlig en forskjell? Hvorfor har lovgiver brukt forskjellige uttrykk ved bokstav a og bokstav b? Slike spørsmål hadde det vært avklarende om lovgiver hadde hatt et bevisst forhold til, og gitt uttrykk for.

## 10.2 Konklusjon

Jeg mener det bør løses opp i praktiseringen av forbudet mot foregripelse av bokstav a, og synet på adgangen til foregripelse ved bokstav b må revurderes.

Det hverken kan eller bør være et absolutt forbud mot foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a. Det er heller ikke nødvendig ettersom det i hvert konkrete tilfelle skal foretas en rimelighetsvurdering etter tvl. § 34-1 annet ledd.

Når jeg mener at rettsoppfatningen må endres, er det ulike grunner til det. Ett synspunkt er at en foregripelse av kravet i enkelte tilfeller er eneste mulighet for sikring, slik at formålet, som redegjort for i punkt 7.3.1, side 76, trekker i retning av en adgang til foregripelse. Slik jeg ser det kan årsaken til det absolutte forbudet skyldes at det ikke er registrert at formålet om å sikre kravet tilsier to ting. Det kan se ut til at en ensidig forståelse av formålet har medført en ensidig vurdering av problemstillingen.<sup>209</sup>

I praksis og teori tviholdes det på utgangspunktet, etter min mening også et godt og riktig *utgangspunkt*. Når dette ikke er tilstrekkelig for å sikre saksøker, må det gjøres noe – i det minste må problemstillingen vurderes. Hvis det er på det rene at en dom i saken ikke vil

---

<sup>209</sup> Den ensidige vurderingen i 1969-kjennelsen skyldtes kanskje at forholdet mellom midlertidig forføyning og dom, som var grunnlaget for forbudet, ikke ble sett i forhold til formålet ved midlertidig forføyning om å sikre kravet.

kunne hjelpe saksøker, fordi det ikke lenger er mulig å fullbyrde kravet, bør det åpnes for at en midlertidig forføyning kan løse problemet.

Når ethvert rettskrav i utgangspunktet skal kunne sikres med midlertidig forføyning,<sup>210</sup> skal bestemmelsen om sikringsgrunn regulere så ulike situasjoner at det er lite passende med firkantede regler.

Størst behov for endret rettsoppfatning er det ved bokstav a, men også ved bokstav b er det grunn til å se på praktiseringen. Rettsregelen ved bokstav b, om at det i prinsippet ikke er noen hindring for foregripelse, er for så vidt grei. Jeg vil likevel innvende at rettsoppfatningen bør revurderes og problemene med foregripelse ser ut til å ha blitt oversett. Som et utgangspunkt bør det ikke foregripes ved sikringsgrunn bokstav b heller. Det er ikke uproblematisk når en midlertidig avgjørelse medfører endelige virkninger. Selv om ordlyden i bokstav b ikke har blitt ansett for å inneholde noen begrensninger, kan det etter min mening sies å ligge en del begrensninger i ordet ”midlertidig”, jf. punkt 5.3 side 62.

I rettspraksis har det, etter min mening, blitt skapt et unødig skille mellom bokstav a og b. Fra et felles formål om å sikre saksøker mot problemer, har det blitt til adskilte formål om å sikre kravet ved bokstav a, eller skape en midlertidig ordning ved bokstav b. Kanskje ikke så galt akkurat det skillet ved formålet, men det er mer problematisk at dette har blitt brukt som begrunnelse for at det ut i fra sikringsgrunn bokstav a og b kan utledes totalt forskjellige rettsregler vedrørende samme problemstilling. Ser en nærmere på tvl. § 34-1 første ledd, særlig på bakgrunn av forarbeidene til 1915-loven, var det neppe ment at det var særlig forskjell mellom bokstav a og b. Etter min mening kan det heller ikke i dagens lovtekst påvises en slik ulikhet mellom bokstav a og b som kan forsvare en slik forskjellig forståelse.

En diskusjon om foregripelse av kravet knyttet opp mot ordlyden og formålene i tvl. § 34-1 første ledd, er etter min mening ikke givende. Adgangen til foregripelse av kravet må diskuteres løsrevet fra bokstav a og b i tvl. § 34-1. Forbudet mot foregripelse må diskuteres på bakgrunn av forholdet mellom midlertidig forføyning og dom, sett opp mot formålet i bokstav a om å unngå problemer med fullbyrdelsen, og i bokstav b om å unngå vesentlig

---

<sup>210</sup> Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 290, se innledningen punkt 7.1 side 71.

skade eller ulempe.<sup>211</sup> Utgangspunktet for vurderingen om det skal være mulig å foregripe kravet eller ikke er således tilnærmet lik for bokstav a og bokstav b. Dermed skulle også konklusjonen etter min mening kunne bli lik – det bør kunne foregripes dersom fullbyrdelsen av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller for å avverge vesentlig skade eller ulempe.

### 10.3 Hvem kan endre rettsforståelsen?

Kan Høyesterett ta stilling til, og løse problemet? Forbudet mot foregripelse har sitt grunnlag i rettspraksis, slik at Høyesterett da må kunne endre rettsoppfatning. I Rt. 2009 side 154 anså ankeutvalget seg kompetent til å behandle problemstillingen. Da hadde saksøkte anført at det måtte være en lovgiveroppgave. Muligens har rettsoppfatningen blitt så festnet at det er for mye forlangt at Høyesterett skal endre kurs. Det har vel formodningen mot seg at Høyesterett vil ta stilling til samme problemstilling en gang til, det kanskje også til tross for at saken har et annet faktum enn det som var tilfelle i Rt. 2009 side 154.

Skal Høyesterett nå åpne for foregripelse innrømmes det samtidig at til dels tidligere dårlige begrunnende standpunkt ikke var helt heldige – dette sitter trolig langt inne, i alle fall i ankeutvalget. Jeg har derimot større tro på at Høyesterett i avdeling, storkammer eller plenum, jf. domstolloven § 5 første og fjerde ledd, etter muntlig behandling, jf. tvl. § 30-9 tredje og fjerde ledd, kunne vært villig til å gjennomgå rettsregelen om forbud mot foregripelse på nytt. Dette forutsetter velvilje fra ankeutvalget, jf. domstolloven § 6 første ledd.

### 10.4 Ikke dramatisk å åpne for foregripelse

Selv om det er av praktisk betydning at det er anledning til å foregripe kravet, ettersom det kan være eneste eller beste måte å sikre kravet på, skal ikke betydningen overdrives. Kanskje er den prinsipielle betydningen av at det åpnes for sikring, når det er behov for det, størst. Selv om det åpnes for foregripelse også ved bokstav a, vil ikke det si det samme som at resultatet vil bli foregripelse av kravet. Fortsatt gjenstår en vesentlig skranke i

---

<sup>211</sup> I bokstav a kan det også diskuteres på bakgrunn av formålet to sider, se punkt 7.3.1.1 side 78.

proporsjonalitetsvurderingen i tvl. § 34-1 annet ledd. Det er klart at en foregripelse av kravet er svært inngripende overfor saksøkte. Det er strengt tatt så inngripende som det er mulig at en forføyning kan bli. Likevel kan retten komme til at det er en rimelig løsning sett i forhold til saksøktes handlinger og interesser, jf. tvl. § 34-1 annet ledd. Et absolutt forbud mot foregripelse tjener ingen gode formål og bør derfor oppheves.

#### 10.5 Ved en åpning for foregripelse ved bokstav a forsvinner forskjellen til bokstav b

Hvis det åpnes for foregripelse av kravet ved sikringsgrunn bokstav a, kan det stilles spørsmål ved om det da gjenstår noen forskjell mellom bokstav a og b.

En forskjell kan kanskje sies å være vilkåret i bokstav a, om at ”saksøktes adferd” må være årsaken til problemene med fullbyrdelsen, og at tilsvarende vilkår ikke står i bokstav b.<sup>212</sup> Helt frem til 1992 hadde imidlertid også bokstav b et vilkår om at problemene skyldtes saksøktes adferd, men det ble fjernet etter kritikk fra Skeie (1940).<sup>213</sup> Men hvis ikke skaden skyldes saksøktes handlinger, eller unnlatelse av sådanne, så skal det vel mye til før saksøker kan sies å ha et krav mot saksøkte? Således mener jeg at fjerningen i bokstav b ikke var helt heldig. Det kunne heller presiseres at også unnlatelse av handlinger av den fredsommeligste part også var å anse som ”adferd” – og således latt vilkåret blitt stående. At vilkåret ble fjernet, innebar ingen realitetsforskjell i forhold til bokstav a, etter min mening. Det vil si at vilkåret om saksøktes adferd som årsaksfaktor, ikke skiller bokstav a og b fra hverandre.

Svaret på problemstillingen om hva som gjenstår som forskjell mellom sikringsgrunn bokstav a og b, kan etter min mening besvares med et spørsmål. Trenger det å være så stor forskjell mellom sikringsgrunn bokstav a og bokstav b? Slik jeg ser det er man tilbake til utgangspunktet om at sikringsgrunn bokstav a og b er alternative, og inneholder kun et tidsskille som ikke har betydning for praktiseringen. Hvilken type problemer saksøker mener å være utsatt for, enten skade eller ulempe i tiden frem mot domsavsigelsen, eller problemer med fullbyrdelsen, avgjør om bokstav b eller bokstav a er anvendelig som sikringsgrunn.

---

<sup>212</sup> Med unntak av ved fare for voldsomheter, men dette alternativet har jeg sett bort fra i fremstillingen her. Se note 4 side 3.

<sup>213</sup> Se Skeie (1940) side 405.



## 10.6 Alternativ ordlyd

Når det er uvesentlig forskjell mellom bokstav a og bokstav b, kan vilkårene sammenfattes i én bestemmelse. Lovens vilkår om ”vesentlig vanskeliggjort fullbyrdelse” og ”vesentlig skade eller ulempe”, kan for eksempel benyttes som alternative vilkår i én bestemmelse. Se forslag 1 nedenfor. Det kan også benyttes en annen terminologi som er dekkende for alle tilfeller. Et vilkår om at ”dommens betydning for saksøker blir vesentlig redusert”, kan være dekkende.<sup>214</sup> Se forslag 2 nedenfor. Etter min mening dekker denne ordlyden både problemer i tiden frem til fullbyrdelsen, og problemer med selve fullbyrdelsen. I tillegg dekkes behovet for fastsettelsesdommer, som for eksempel oppholdstillatelse.<sup>215</sup>

Vilkåret at ”dommens betydning for saksøker blir vesentlig redusert” dekker også de tilfellene som tidligere ble dekket av vilkåret om at fullbyrdelsen ble ”forspilt”, jf. tvfl. § 262 alternativ 1. Slik jeg leser det, dekket vilkåret ”forspilt” de tilfellene hvor det egentlig ikke var problemer med selve fullbyrdelsen, men at fullbyrdelsen kom for sent - poenget med dommen var borte. Dette er tilfellet der for eksempel saksøker ønsker å forby saksøktes rettstridige bruk av en vei de neste tre ukene. Når de tre ukene har gått har muligheten til å fullbyrde kravet blitt forspilt. Trolig innfortolkes tilfellet under vilkåret i bokstav a om at ”fullbyrdelsen blir vesentlig vanskeliggjort”, særlig fordi det med endringen i 1992 ikke var ment å gjøre realitetsendringer. Noe uheldig var likevel fjerningen, og jeg har derfor inntatt det i forslag 1 under, dersom ikke forslag 2 foretrekkes.

Twisteloven § 34-1 sier at midlertidig forføyning ”kan” besluttet dersom vilkårene er oppfylt. Det har sammenheng med at dommeren står fritt til å utforme en passende forføyning, og er ikke bundet av partenes anførsler, som er tilfelle ved søksmål, jf. tvl. § 11-2. Jeg har valgt ordet ”skal” i mine forslag. Det er fordi jeg ikke ser noen grunn til at rettens forhold til partenes prosesshandlinger skal være annerledes i saker om midlertidig forføyning enn ellers. Særlig er jeg av den oppfatning, at dersom saksøker har sannsynliggjort et krav og

---

<sup>214</sup> Forslaget er basert på vilkåret i rättegångsbalkens kap. 15 § 3

<sup>215</sup> Skaden eller ulempen ved å ikke få fastsatt sitt krav med en gang, dekkes i dag av bokstav b. Se punkt 2.5 side 22.

en sikringsgrunn, så *skal* retten avsi en midlertidig forføyning. I dag er det antatt at retten likevel har mulighet til å avstå fra å avsi en midlertidig forføyning. Dersom retten mener en midlertidig forføyning vil være for urimelig eller for inngripende, kan det hjemles i proporsjonalitetsvurderingen i tvl. § 34-1 annet ledd. Hvis retten likevel finner vilkårene også i tvl. § 34-1 annet ledd oppfylt, kan jeg ikke se hvorfor retten ikke *skal* avsi kjennelse om midlertidig forføyning.

Med ”nødvendig” kan man forstå at det ikke finnes alternativer til en midlertidig forføyning – at en midlertidig forføyning er eneste mulighet for en tilfredsstillende løsning, hverken mer eller mindre.

### 10.6.1 Forslag til ny bestemmelse

#### Forslag 1:

(1) Midlertidig forføyning skal besluttet når det er nødvendig på grunn av saksøktes handlinger eller unnlatelser fordi fullbyrdelsen av kravet ellers vil bli forspilt eller vesentlig vanskeliggjort, eller for å avverge annen vesentlig skade eller ulempe.

(2) Midlertidig forføyning kan ikke besluttet dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøker har i at forføyning blir besluttet.

#### Forslag 2:

(1) Midlertidig forføyning skal besluttet når det er nødvendig på grunn av saksøktes handlinger eller unnlatelser å sikre at dommens betydning for saksøker ikke blir vesentlig redusert.

(2) Midlertidig forføyning kan ikke besluttet dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøker har i at forføyning blir besluttet.

## Kilder og vedlegg

### Lover

#### Norske lover

Lov 13. august 1915 nr. 7 om tvangsfuldbyrdelse (tvangsfuldbyrdelsesloven)

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

#### Danske lover

LBKG 2008-11-06 nr. 1069 Retsplejeloven

#### Svenske lover

SFS 1942:740 Rättegångsbalk

## **Forarbejder**

Justis og politidepartementet, udkast til ny lov om tvangsfuldbyrdelse, bind a – Falkanger (1979)  
NOU 2001: 32 Rett på sak.

Ot.prp. nr. 16 (1911) Om utfærdigelse av en lov om tvangsfuldbyrdelse, med bilag:

Civilproceslovkommissionens udkast til lov om tvangsfuldbyrdelse og om foreløpig retshjælp  
(1908)

Ot.prp. nr. 10 (1913) Om utferdigelse av lov om domstolene, lov om rettergangsmaaten i tvistemaal og lov  
om tvangsfuldbyrdelse

Ot.prp. nr. 1 (1927) Om forandringer i lovene om den nye rettergangsordning

Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven)

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Indst. O. XV (1912) Om civilprocesreformen

## **Rettspraksis**

### Høyesterettspraksis

Rt. 1960 side 765

Rt. 1969 side 1402

Rt. 1973 side 767

Rt. 1979 side 366

Rt. 1981 side 910

Rt. 1987 side 242

Rt. 1987 side 688  
Rt. 1987 side 923  
HR-1990-557-k  
HR-1991-47-k  
Rt. 1994 side 291  
HR-1997-528-k  
Rt. 1998 side 139  
Rt. 1999 side 1762  
Rt. 2002 side 108  
Rt. 2002 side 123  
Rt. 2002 side 407  
Rt. 2003 side 1165  
Rt. 2006 side 559  
Rt. 2006 side 1025  
Rt. 2008 side 1730  
Rt. 2009 side 154

#### Underrettspraksis

Gulating lagmannsrett, kjæremålsak nr. 24/1969 (vedlagt)  
LG-1993-898-k (vedlagt)  
LB-2003-1175  
RG 2005 side 1089  
LE-2008-48261  
LB-2008-161940

Jæren namsrett, 18. mars 1969, sak 4/69 D (vedlagt)  
Oslo byfogdembete, 16. mars 2009, sak nr: 09-040614TVI-OBYF/2

## Litteratur

- Alten, E: *Tvangsloven, med kommentar*. 3 utg. Oslo 1950
- Augdahl, Per: *Norsk civilprosess*. 4 utg. Oslo 1971
- Backer, Inge Lorange: *Domstolsbeskyttelse mot naturinngrep – midlertidige forføyninger etter norsk Rett*. Festsift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004
- Bruun, Ejler, m.fl.: *Fogedsager*. 3. utgave. København 2005
- Bunæs, Runa, m.fl.: *Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning*. Oslo 2006
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 2000.
- Falkanger, Thor, m.fl.: *Tvangsfullbyrdsloven. Kommentartutgave*. 3.utg. Oslo 2002
- Falkanger, Thor, m.fl.: *Tvangsfullbyrdsloven. Kommentartutgave*. 4.utg. Oslo 2008
- Flock, Hans: *Midlertidige forføyninger ved annet enn pengekrav, tvangsfullbyrdslovens 15. kapittel*. LoR 1986 side 567
- Moe, Ernst: *Praktisk tvangsfullbyrdelse*. Oslo 1999
- Robberstad, Anne: *Rettskraft*. Bergen 2006
- Robberstad, Anne: *Er Høyesteretts dommer bindende?* TfR 2000 side 504
- Schei, Tore, m.fl.: *Tvisteloven. Kommentartutgave*. Oslo 2007
- Schweigaard, Anton Martin: *Den norske proces*. Bind 3. 2.utg. Christiania 1885
- Skeie, Jon: *Den norske civilprosess*. Bind 3. 2.utg. Oslo 1940
- Skoghøy, Jens Edvin A: *Utviklingsstrekk i Høyesteretts rettskildebruk*. LoR 1996 side 209
- Solem, Erik: *Tvangsfullbyrdelse*. 2. utg. Oslo 1930
- Waalder, Thorleif: *Midlertidige avgjørelser og midlertidige forføyninger etter bestemmelser i særlovgivningen*. LoR 1998 side 515
- Westberg, Peter: *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål*. 4 bind. Lund 2004
- Woxholth, Geir: *Avtalerett*. Oslo 2003
- Ytterbø, Wenche: *Midlertidige forføyninger*. LoR 1985 side 447

## **Vedlegg**

(1) Jæren namsrett, 18. mars 1969, sak 4/69 D

(2) Gulating lagmannsrett, kjæremålsak nr. 24/1969

(3) Partenes prosesskriv for Høyesterett i Rt. 1969 side 1402

(4) Gulating lagmannsrett, kjæremålsak nr. 93-0898 K, LG-1993-898-k



